Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Untersuchung der Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung und ihrer Versicherbarkeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse in den USA

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ALFRED DIEZI

von Zürich und Berlingen TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

1982

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507225_0013

Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Untersuchung der Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat
und Geschäftsführung und ihrer Versicherbarkeit
unter Berücksichtigung der Verhältnisse in den USA

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ALFRED DIEZI

von Zürich und Berlingen TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1981

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 62 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982
Druck: Verlag Hans Schellenberg Winterthur

TO MY WIFE

VORWORT

Das Verfassen einer Dissertation, so hat schon manch einer erfahren, bringt der Mühen viele. Umsomehr zählen Hilfen menschlicher wie fachlicher Art. Dafür möchte ich danken. Ganz besonders gilt dieser Dank meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. A. Meier-Hayoz, für die unvergessliche Weise, in der er mich die Bedeutung des Wortes "Doktorvater" erfahren liess; dann aber auch Herrn Dr. O. P. Schmidlin, stv. Direktor bei der "Schweizer Rück", der mich auf das Problem "D & O" aufmerksam machte und mir bei jeder sich bietenden Gelegenheit mit Rat und Tat beistand und – nicht zuletzt – gilt er Herrn R. Hauri und seiner Crew von der Bibliothek der "Rück" für die herzliche Aufnahme und die unermüdliche Hilfsbereitschaft.

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungen XV
Literatur XVII

Einleitung 1

1. Kapitel
Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung 2

§ 1 Begriff und Wesen der Verantwortlichkeit 2
§ 2 Zuständigkeitsbereiche von Verwaltungsrat und Geschäftsführung 13
§ 3 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Lichte der betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten 27
§ 4 Ergebnis 42

2. Kapitel
Erfahrungen mit der "D & O" in den USA 50

§ 5 Einleitende Bemerkungen 50
§ 6 Das amerikanische Verantwortlichkeitsrecht 52
§ 7 Das Indemnifikationsrecht 67
§ 8 Wirtschaftliche und soziale Risikofaktoren 73
§ 9 Die amerikanische "D & O"-Police 74

3. Kapitel
Versicherbare Elemente 89

§ 10 Vereinbarkeit der "D & O" mit unserer Rechtsordnung 89
§ 11 Verbleibende Fragen 104
§ 12 Schlussbetrachtungen 114

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung 1

1. Kapitel

Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung 2

§ 1 Begriff und Wesen der Verantwortlichkeit 2

I. Definition 2
II. Die Relativierung der gesetzlichen Anordnung 3
1. Verschulden 3
2. Objektivierung des Verschuldens 4
a) Das Problem 4
aa) Grenzen menschlicher Arbeitskapazität 4
bb) Die Unternehmenssituation 4
b) Lösung 4
aa) in quantitativer Hinsicht: Formulierung der Pflichten 4
bb) in qualitativer Hinsicht: objektivierter Verschuldensmassstab 5
III. Haftungsgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 7
1. Allgemeines 7
2. Relevanz der Frage für die vorliegende Arbeit 7
3. Mögliche Motive für die Verschuldenshaftung im allgemeinen 8
4. Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte und Geschäftsführer nach OR 754 im Lichte dieser Prinzipien 9
5. Kritik 11
6. Verantwortlichkeit und Versicherung 12

§ 2 Zuständigkeitsbereiche von Verwaltungsrat und Geschäftsführung 13

I. Die gesetzliche Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates 13
II. Möglichkeit und Grenzen der Kompetenzdelegation 14
1. Allgemeines 14
a) Die gesetzliche Regelung 14
b) Fehlen expliziter gesetzlicher Schranken der Delegation 14
c) Sinn der Aufgabenzuordnung an die Verwaltung 14
2. Rechte und Pflichten der Verwaltung 15
a) Die gesetzliche Regelung 15
b) Das Verhältnis von OR 714 II zu OR 717 16
c) Synonymie der Begriffe 16
d) Die Gesetzesterminologie 17
e) Ergebnis 18
3. Die Sorgfaltspflicht nach OR 722 I – das Kriterium zur Bestimmung der Grenzen der Delegation 19
a) Das Problem 19
b) Bestehende Ansätze 19
c) Kritik 22
aa) Grundsätzliche Zustimmung zu den besprochenen Ansätzen 22
bb) Zwei Bedenken 22
cc) Ist "Verwaltungsmaterie" zwangsläufig Verwaltungsratsaufgabe? 23
dd) Rückruf und Aufsicht 24
d) Sorgfaltspflicht als Kriterium für die Bestimmung der Grenzen der Delegation 24

III. Wirkung der Delegation 25
1. Herrschende Meinung 25
2. Kritik 26

§ 3 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Lichte der betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten 27

I. Einleitende Bemerkungen 27
II. Ausgangssituation und Zielbestimmung der Unternehmung 28
1. Der statutarische Unternehmens- bzw. Gesellschaftszweck 28
a) Zur Gesetzesterminologie 28
b) Gesellschaftszweck als Angelpunkt der Interessen und Kreis der Interessenten 28
c) Art und Zeitpunkt der Einflussnahme 28
d) Die gesetzliche Gedankenstütze 29
2. Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik 29
a) Unternehmensführung 29
b) Ausrichtung der Unternehmensführung auf Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik 30
c) Die Unternehmensphilosophie 30
d) Die Unternehmenspolitik 31
3. Das Verhältnis von Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik zum Gesellschaftszweck 31
III. Betriebswirtschaftliche Einflussfaktoren auf die Allokation von Entscheidungskompetenzen und damit von Verantwortlichkeit 32
1. Organisation und Führung 32
a) Allgemeines 32
b) Verhältnis von Organisation und Führung 33
2. Führungsstile und Entscheidungskompetenzen 34
a) Definition 34
b) Arten 34
c) Autoritäre Führungsstile 35
aa) Patriarchalischer Führungsstil 35
bb) Strikt-autoritärer Führungsstil 35
cc) Gemässigt-autoritärer Führungsstil 35
d) Bürokratischer Führungsstil 36
e) Kooperativer Führungsstil 36
f) Kollektiver Führungsstil 36
g) Konkretisierung des kooperativen Führungsstils in "Management by"-Modellen 37
3. Organisationsmodelle und Entscheidung 37
a) Einleitende Bemerkungen 37
b) Grundprinzipien der Unternehmensstrukturierung 38
aa) Stellenbildung 38
bb) Leitung 38
c) Exkurs (zum Phänomen der Stäbe) 39
d) Einliniensysteme 39
aa) Funktionale Stab-Linienorganisation 40
bb) Objektmodell (Spartenorganisation – divisionale Organisation) und Regionalmodell 40
e) Matrix-Organisation – ein Mehrliniensystem 41

§ 4 Ergebnis 42

I. Verantwortlichkeit ohne Regelungskapazität? 42
1. Das Problem der Verantwortlichkeit an sich 42
2. Gesetzgebungs- und Haftungsprobleme (sind:) 43
a) das "time-lag"-Problem der Gesetzgebung 43

b) gewisse Grenzen der Gesetzgebungskapazität und -qualität des Gesetzgebers 43
c) Grenzen der Rechtsanwendung 44
3. Stone's Lösungsvorschlag 44
II. Schlussfolgerungen aus den Untersuchungen in den §§ 1–3 45
1. Komplexität des Verantwortlichkeitsproblems 45
2. Verantwortlichkeit und Pflichterfüllung 45
a) aus juristischer Sicht 45
b) aus betriebswirtschaftlicher Sicht 46
3. Organisationsverantwortlichkeit und Pflicht zur Organisation 46
a) Grundsatzproblem 46
b) Organisationsmängel 47
aa) Das Problem 47
bb) Informelle Entscheidungsstrukturen 47
cc) Das Problem der sachnahen Entscheidung 48
4. Schlussvotum 49

2. Kapitel

Erfahrungen mit der "D & O" in den USA 50

§ 5 Einleitende Bemerkungen 50

§ 6 Das amerikanische Verantwortlichkeitsrecht 52

I. Einleitende Bemerkungen 52
II. Sorgfaltsmassstab und Pflichten für Directors and Officers (D & O) nach einzelstaatlichem Recht 53
1. Allgemeines 53
2. Der "common law standard of conduct" 55
3. Der MBCA und die Welle neuer Gesetzeslegungen 55
4. Bedeutung dieser Gesetzesformeln 56
a) Allgemeines 56
b) Pflichten der Verwaltungsräte 57
c) Einige Worte zur Formulierung der Sorgfaltsstandards 60
aa) "good faith" und "in the best interest of the corporation" 60
bb) "ordinary prudent person" 60
cc) "in a like position" 61
dd) "under similar circumstances" 61
ee) "reasonable inquiry" 62
d) Die "business judgment rule" (BJR) 62
III. Sorgfaltsmassstab und Pflichten für D & O gemäss den Federal Securities Laws 63
1. Allgemeines 63
2. Die Problemkreise 63
3. Die Prospekthaftung 63
4. Proxy solicitation 64
5. Kauf und Verkauf von Wertpapieren 64
6. Das "controlling person"-Konzept 65
7. Das "aider and abettor"-Konzept 65
8. Ergebnis 65
IV. ERISA 66

§ 7 Das Indemnifikationsrecht 67

I. Einleitende Bemerkungen 67
II. Zur Geschichte der Indemnifikation 67
III. Klärung einiger Termini 68

1. Die Termini 68
a) "exclusive – non exclusive statutes" 68
b) "mandatory – permissive statutes" 68
2. Voraussetzungen der Indemnifikation 68
a) "mandatory indemnification" 68
b) "permissive indemnification" 69
IV. Inhalt der Indemnifikation 70
1. Allgemeines 70
2. "actions by or in the right of the corporation" 70
a) Die kalifornische Lösung 70
b) Delaware's Lösung 70
c) Einige bedenkenswerte Fragen zu diesen Regelungen 71
aa) Der "fairly and reasonably"-Standard 71
bb) Der doppelte Sorgfaltsmassstab 71
cc) "... or not opposed to the best interest ..." 71
3. "third party proceedings" 72
4. Schlussbemerkungen 72

§ 8 Wirtschaftliche und soziale Risikofaktoren 73

§ 9 Die amerikanische "D & O"-Police 74

I. Einleitende Bemerkungen 74
II. Aufbau und Inhalt der Police 74
1. Form 74
2. Die positive Deckungsumschreibung 75
a) Die Versicherungsklausel (insuring clause) 75
b) Definitionen 75
aa) Directors and Officers 75
bb) Loss 76
cc) Die "claims made"-Form 78
3. Die Ausschlüsse 79
a) Allgemeines 79
b) Ausschlüsse unter der "Corporate Reimbursement"-Form 79
aa) Die "excess liability"-Klausel 79
bb) Abgrenzung gegen die zeitlich vorgehende Police 79
cc) Weitere Ausschlüsse 79
c) Ausschlüsse unter der "D & O Liability"-Form 80
aa) "libel and slander" und "dishonesty" 80
bb) Unterlassung von Abschluss bzw. Weiterführung von Versicherungen 81
cc) "short swing profits" 81
dd) Persönliche Vorteile und Gewinne und unzulässige bzw. übermässige Entschädigungen 81
ee) "non standard"-Ausschlüsse 82
III. Die Risikoselektion 82
1. Allgemeines 82
2. The Wyatt Report 83
3. Der Versicherungsantrag 85
a) Die "Personalien" der Gesellschaft 85
b) Objektbezogene Informationen 85
aa) Bewertungsgrundlagen 85
bb) "D & O"-bezogene Informationen 86
cc) Die "Penn Central"-Hürde 86
dd) Zusatzformular für Finanzinstitute 87
IV. Abschliessende Betrachtung 87
1. Allgemeines 87
2. Statistische Erfahrungen zur "D & O" 88

3. Kapitel

Versicherbare Elemente 89

§ 10 Vereinbarkeit der "D & O" mit unserer Rechtsordnung 89

I. Einleitende Bemerkungen 89
II. "D & O" – ein widerrechtlicher oder gegen die guten Sitten verstossender Vertrag? 90
1. Sinn und Zweck der Versicherung 90
a) im allgemeinen 90
b) bei der Haftpflichtversicherung im besonderen 90
c) Ergebnis bezüglich der "D & O" 90
2. Die von OR 20 gesetzten Schranken der Versicherung 92
a) Der unmögliche Inhalt 92
b) Der widerrechtliche oder gegen die guten Sitten verstossende Inhalt 92
aa) Im allgemeinen 92
bb) Wirkung auf den Versicherungsvertrag 93
cc) Anwendung auf die "D & O" 94
c) Die Stellung von VVG 14 I 95
III. Vereinbarkeit der "D & O" mit dem ordre public in den USA 97
1. Ausgangspunkt der Diskussion 97
2. Ergebnis 1 98
3. Massstab für den Zulässigkeitstest 99
a) Grundregel 99
b) Zulässigkeitskriterien 99
aa) Haftpflichtrechtliche Überlegungen (Regeln 1 und 2) 99
bb) Gesellschaftsrechtliche Überlegungen (Regeln 3–5) 100/101
4. Ergebnis 2 102

§ 11 Verbleibende Fragen 104

I. Allgemeines 104
1. Versicherbarkeit des Unternehmerrisikos 104
2. Die Verteidigungskosten 104
3. Versicherungsnehmer und Prämienschuldner 104
II. Versicherbarkeit des Unternehmerrisikos 105
1. Verantwortlichkeit – ein Teil des Unternehmerrisikos 105
2. Die Abgrenzung von Verantwortlichkeit und Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinne 106
3. Ergebnis 107
III. Die Verteidigungskosten 107
1. In zivilrechtlichen Fällen 107
2. In strafrechtlichen Fällen und bei persönlicher Bereicherung 108
3. Abgrenzung von Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung 109
IV. Der Versicherungsnehmer und Prämienschuldner 110
1. Die Problemstellung 110
2. Die Vertragspartei 110
3. Der Prämienschuldner 111
a) Regelung des VVG 111
b) Zulässigkeit der Übernahme der Prämienschuld durch die Gesellschaft? 111
aa) Das Gebot der sorgfältigen Verwaltung 112
bb) Freistellungsansprüche aus Vertrag bzw. als Folge der Dechargeerteilung 112

§ 12 Schlussbetrachtungen 114

I. Zur Versicherungslösung des Verantwortlichkeitsproblems 114
II. Zur "D & O" selbst 115
1. Die Übertragung auf unsere Verhältnisse 115
2. Nutzen der "D & O" in der Schweiz 115

Anhang 116

ABKÜRZUNGEN

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz (Deutsches – vom 6. September 1965)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juli 1881
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaG	Bankengesetz = Schweizerisches Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Berner Kommentar	Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BWL	Betriebswirtschaftslehre
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
D & O	Directors and Officers
"D & O"	"Directors' and Officers' Liability Insurance"
ders.	derselbe (Autor in derselben oder der vorhergehenden Anmerkung)
ERISA	Employee Retirement Income Security Act von 1974
EPA	Environmental Protection Agency
etc.	et cetera
f.	(und) folgende(r) (Artikel, Seite)
ff.	(und) folgende (Artikel, Seiten)
F. C. & S. Bulletins	Fire, Casualty and Surety Bulletins (Cincinnati, Ohio)
FS	Festschrift
GCL	General Corporations Law (of California – in Kraft seit 1. Januar 1977)
gl.M.	gleicher Meinung
GrossAG	Grossaktiengesellschaft
GV	Generalversammlung
HRV	Handelsregisterverordnung (Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937)
inkl.	inklusive
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
IRS	Internal Revenue Service
i.S.	im Sinne (von)
Kap.	Kapitel
lit.	litera
MBCA	Model Business Corporation Act
m.E.	meines Erachtens
Mia.	Milliarde(n)
Mio.	Million(en)
N	Note(n)
No	number

Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.a.	oder anders
NF	Neue Folge
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Praxis	Praxis des Bundesgerichtes (Die – Basel)
Prot. Exp.	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24–33 des Obligationenrechtes (1928)
SA	Securities Act von 1933
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Schweizerisches Bundesgesetz über – vom 11. April 1889)
Schweizer Schriften	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SEA	Securities Exchange Act von 1934
SEC	Securities and Exchange Commission
Sec.	Section
Sem.jud.	Semaine judiciaire (La – Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(e -er)
StenBull NR/StR	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat/Ständerat (Amtliches –)
StGB	Strafgesetzbuch (Schweizerisches – vom 21. Dezember 1937)
StPO	Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
v.	versus
v.a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz (Bundesgesetz vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen)
vol.	volume
VVG	Versicherungsvertragsgesetz (Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag)
WSJ	Wallstreet Journal (The – New York)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweizerisches – vom 10. Dezember 1907)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Stuttgart)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZO	Zeitschrift für Organisation (Wiesbaden)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
Zürcher Kommentar	Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht
z.Z.	zur Zeit

LITERATUR

Agthe, K.: Aktuelle Probleme der Führungsorganisation internationaler Unternehmen, ZO 45 (1976) 434 ff.

Bär, R.: Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der AG, ZBJV 91 (1959) 369 ff. (zit. Bär, in: ZBJV 91 (1959))

– Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970) 457 ff. (zit. Bär, Verantwortlichkeit)

Barret, M.E.: Mandatory Indemnification of Corporate Officers and Directors, Southwestern Law Journal, vol. 29 (1975) 727 ff.

Bielefeldt, Chr.: Die Rechtsschutzversicherung im System der Schadenversicherung (Karlsruhe 1971)

Bishop, J.: New Cure for an Old Ailment: Insurance Against Directors' and Officers' Liability, The Business Lawyer, vol. 22 (1966) 92 ff. (zit. Bishop, New Cure)

– Understanding D & O Insurance Policies, Harvard Business Review, vol. 56 (1978) 20 ff.

Black, H.C.: Black's Law Dictionary (5th edition, St. Paul, Minnesota 1979)

Bleicher, K.: Perspektiven für Organisation und Führung von Unternehmungen (Baden-Baden 1971)

Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24–33 des schweizerischen Obligationenrechtes vom 21. Februar 1928 = BBl 1928 I 205 ff. (zit. Botschaft)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem neuen Bundesgesetz über die Beaufsichtigung privater Versicherungseinrichtungen vom 5. Mai 1976 = BBl 1976 II 873 ff.

Brings, K.: Erfahrungen mit der Matrixorganisation, ZO 45 (1976) 72 ff.

Brockmeier, W.: Status of D & O Liability Coverage, Risk Management, vol. 24 (1977) 20 ff. (zit. Brockmeier (1977))

– New Insights on D & O Liability Claims, Risk Management, vol. 27 (1980) 34 ff. (zit. Brockmeier (1980))

Brook, H.C.: Directors' Indemnification and Liability Insurance, New York Law Forum, vol. 21 (1975) 1 ff.

Brown, L.R.: D & O Liability – its Origin, Canadian Risk Management and Business Insurance (March/April 1974) 8 ff.

Brown, R.E.: Directors' and Officers' Liability Insurance in the United Kingdom, General Policy Market (March 1980) G4 ff.

Bürgi, W.F.: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/b/1: Art. 660–697 (Zürich 1957); Bd. V/b/2: Art. 698–738 (Zürich 1969)

Bürgi/Nordmann: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/b/3: Art. 739–771 (Zürich 1979)

Business Insurance: verschiedene ohne Autorenangabe publizierte Artikel

Buth, W.: Unternehmensführung, Managementkonzepte und Entscheidungslehre (Stuttgart 1977)

Calfas, J.A.: Board of Directors, A New Standard of Care, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 9 (1976) 820 ff.

Caplin, M.: Outside Directors and Their Responsibilities: A Program for the Exercise of Due Care, The Journal of Corporation Law (Fall 1975) 57 ff.

Carely/Thurow, How Braniff's Lenders and Directors Forced Chairman to Resign, WSJ vom 6. Januar 1981, 1/8

Columbia Law Review: Public Policy and Directors' Liability Insurance, vol. 67 (1967) 716 ff.

Committee on Corporate Laws, Section of Corporation, Banking and Business Law, American Bar Association: Corporate Director's Guidebook (Revised Edition January 1978), The Business Lawyer, vol. 33 (1978) 1595 ff. (zit. ABA Guidebook)

Dale, E.: Management, Theorie und Praxis der modernen Unternehmensführung (Düsseldorf und Wien 1972)

Dober, W.: Die Publizität der Unternehmen (Zürich 1966)

Drucker, P.F.: The effective executive (2nd printing, London 1971)

Düggelin, H.: Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer Aktiengesellschaft (Diss. Winterthur 1977)
Esser, J.: Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates (Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, Wien 1949) (zit. Esser, Einführung)
– Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I (4. Aufl., Karlsruhe 1970)
Excess and Surplus Lines Manual (Indianapolis): verschiedene ohne Autorenangabe publizierte Artikel
Excess Express (Indianapolis): verschiedene ohne Autorenangabe publizierte Artikel
Fisch, G.G.: Line – Staff is obsolete, Harvard Business Review, vol. 54 (1976) 67 ff.
Forstmoser, P.: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Schweizer Schriften Bd. 30, Zürich 1978) (zit. Forstmoser, Verantwortlichkeit)
– Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG (Schweizer Schriften Bd. 29, Zürich 1978) 27 ff. (zit. Forstmoser, St. Galler Seminar)
Forstmoser/Meier-Hayoz: Grundriss zum schweizerischen Gesellschaftsrecht (3. Aufl., Bern 1978) (zit. Forstmoser/Meier-Hayoz, Gesellschaftsrecht)
– Einführung in das schweizerische Aktienrecht (2. Aufl., Bern 1980) (zit. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht)
Gautschi, G.: Der einfache Auftrag, Berner Kommentar Bd. VI, 2. Abteilung: Art. 394–406
Gehringer, P.-O.: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht (Schweizer Schriften Bd. 34, Diss. Zürich 1979)
Georgii, M.: Aufsichtsrat – Haftpflichtversicherung und Versicherungsrecht, Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft (Berlin 1906, Heft VIII) 17 ff.
Germanier, M.: Die vermögensrechtliche Stellung der Verwaltungsratsmitglieder und Direktoren in den schweizerischen Aktiengesellschaften (Diss. St. Gallen 1954)
Golden, H.J.: Fiduciary Responsibility and Prohibited Transactions under ERISA, Risk Management, vol. 27 (1980) 12 ff.
Graff, J.G.: Facing Facts: Financial Institutions Directors' and Officers' Liabilities, The Weekly Underwriter (March 23, 1974) 24 ff.
Greenberg/Dean: Protecting the Corporate Executive: D & O Liability Insurance Reevaluated, Marquette Law Review, vol. 58 (1975) 555 ff.
Grochla, E.: Die Hauptmerkmale der aktuellen Organisationsformen, DB, Bd. 26 (1973) 4 ff.
Grossfeld, B.: Genossenschaft und Ehrenamt, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Bd. 29 (1979) 217 ff.
– Festvortrag: Haftpflichtversicherung im Wandel, in: Festansprachen zum 50jährigen Jubiläum der Gothaer Allgemeinen Versicherungs AG am 23. April 1974 (zit. Grossfeld, Festvortrag)
Guldener, M.: Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR NF 80 (1961) 1 ff. (zit. Guldener, in: ZSR NF 80 (1961))
Haller, M.: Sicherheit durch Versicherung? (Bern 1975)
Harvard Law Review: Liability Insurance for Corporate Executives, vol. 80 (1967) 648 ff.
Henn, H.G.: Handbook of the Law of Corporations and other Business Enterprises (2nd edition, St. Paul, Minnesota 1970)
Herbst, R.: Dictionary of Commercial, Financial and Legal Terms, vol. I (3rd edition, Zug 1968)
Hershbarger/Cross: Nature and Major Provisions of Directors' and Officers' Liability Insurance, CPCU Journal, vol. 33 (March 1979) 37 ff.
Hershman, M.: Liabilities and Responsibilities of Corporate Officers and Directors, The Business Lawyer, vol. 33 (1977) 263 ff.
Heyler, G.R.: Indemnification of Corporate Agents, UCLA Law Review, vol. 23 (1976) 1255 ff.
Hiestand, P.: Die sozialpolitische Tendenz der Rechtsprechung in Haftpflicht- und Versicherungssachen, SJZ 4 (1908) 333 ff., 350 ff. (zit. Hiestand, SJZ 4)
Hill/Fehlbaum/Ulrich: Organisationslehre, Bd. I (Bern 1974)
Hill, W.: Zur Entwicklung der Theorie der Unternehmensorganisation, in: Beiträge zur Lehre von der Unternehmung (FS zum 70. Geburtstag von Karl Käfer, Zürich 1968) 225 ff.
– Unternehmensplanung (2. Aufl., Stuttgart 1971) (zit. Hill, Unternehmensplanung)
Hinsey, J.: The New Lloyd's Policy Form for Directors' and Officers' Liability Insurance – an Analysis, The Business Lawyer, vol. 33 (1978) 1961 ff.

Hinsey/Lancey: Directors' and Officers' Liability Insurance – An Approach to its Evaluation and a Checklist, The Business Lawyer, vol. 23 (1968) 869 ff.
Hirsch, A.: La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem.jud. 89 (1967) 249 ff.
Hofmann, E.M.: Wandlungen und Tendenzen in der Machtstellung und Zusammensetzung der Verwaltung privater Aktiengesellschaften (Diss. St. Gallen 1954)
Hoffmann, A.: Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24–33 des schweizerischen Obligationenrechts. Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement erstattet im Dezember 1923 (zit. Entwurf II)
Höhn, R.: Stabsstellen, in: Grochla, Handwörterbuch der Organisation (Stuttgart 1969) 1543 ff.
Holzach, Ch.: Der Ausschuss des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsinternen Delegierungen (Diss. Basel 1960)
Imboden/Rhinow: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I: Allgemeiner Teil (Basel 1976)
Jakob, H.J.: Zum Führen braucht es Charakter – Methoden allein genügen nicht, in: Praxis des systemorientierten Managements (FS zum 60. Geburtstag von H. Ulrich, hrsg. von PD Dr. Fredmund Malik, Bern 1979) 177 ff.
Jäggi, P.: Einleitung: ZGB 3, Berner Kommentar Bd. I/1 (Bern 1962)
Johnston, J.F.: Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers, The Business Lawyer, vol. 33 (1978) 1993 ff.
Kahlert, J.: Aufsichtsrat – Haftpflichtversicherung und Versicherungstechnik, Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft (Berlin 1906, Heft VIII) 30 ff.
Keller, A.: Haftpflicht im Privatrecht (3. Aufl., Bern 1978) (zit. Keller A.)
Keller, M.: Untersuchungen über die Prozesskostenversicherung (Diss. Zürich 1939) (zit. Keller M.)
Keller, M.: Roelli/Keller: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Die allgemeinen Bestimmungen (2. Aufl., Bern 1968) (zit. Keller)
Kleiner, B.: Die Organisation der grossen Aktiengesellschaft unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit, SAG 50 (1978) 3 ff.
Knepper, W.E.: Corporate Indemnification and Liability Insurance for Corporation Officers and Directors, Southwestern Law Journal, vol. 25 (1971) 240 ff.
– Officers and Directors: Indemnification and Liability Insurance – An Update, The Business Lawyer, vol. 30 (1975) 951 ff. (zit. Knepper, Update)
– Liability of Corporate Officers and Directors for Depts of Financially Troubled Corporations, Commercial Law Journal (October 1976) 389 ff. (zit. Knepper, Troubled Corporations)
Kolb, A.: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht (Diss. Zürich 1934)
König, W.: Schweizerisches Privatversicherungsrecht (3. Aufl., Bern 1967)
Krüger, W.: Organisationsstruktur und Machtstruktur, ZO 46 (1977) 126 ff.
Lanz, P.U.: Die Organisation der Verwaltung der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesetz und betrieblicher Notwendigkeit, SAG 42 (1970) 183 ff.
Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I (12. Aufl., München 1979)
Lenhart, H.A.: The Tough New Faces on Company Boards, US News and World Report vom 6. Oktober 1980, 83 ff.
Leumann, P.: Die Matrix-Organisation (Diss. Zürich 1978), Bern 1979
Long, J.D.: Should Punitive Damages Be Insured?, The Journal of Risk and Insurance, vol. 44 (1977) No 1, 1 ff.
Lucius, R.R.: Die Grenzen der Versicherbarkeit (Diss. Frankfurt a.M. 1979)
Maurer, A.: Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht (Bern 1976)
McAdams, J.B.: A Proposal to Amend the Indemnification Section (§ 5) of the Model Business Corporation Act, The Business Lawyer, vol. 31 (1976) 2123 ff.
McDonald, A.: Conflict at the Summit: a deadly game, Harvard Business Review, vol. 50 (1972) 79 ff.
Meier-Wehrli, J.: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG (Diss. Zürich 1968)
Mestmäcker, E.-J.: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre (Karlsruhe 1958)
Meyer, K.: Die rechtliche Stellung des Delegierten (Diss. Zürich 1946)

Meyers Enzyklopädisches Lexikon in 25 Bänden, Bd. 21 (9. Aufl., Mannheim 1977)
Moeller, C.: Corporate Codes of Ethics: A Key to Economic Freedom, Management Review (September 1980) 60 ff.
Möller, H.: Rechtsschutzversicherung – Werden und Wirken eines zukunftweisenden Versicherungszweiges, Versicherungswirtschaft (VW) 33 (1978) 843 ff.
Mötteli, H.: Das Führungsproblem bei Aktiengesellschaften, SAG 31 (1958/59) 105 ff.
Morse/Lorsch: Beyond Theory Y, Harvard Business Review, vol. 48 (1970) 61 ff.
Noll, P.: Strafprozessrecht (Vorlesungsskriptum, Zürich 1977)
Neue Zürcher Zeitung: einige Artikel
Obler, E.A.: Insurance for Punitive Damages: A Reevaluation, The Hastings Law Journal, vol. 28 (1976) 431 ff.
Oesch, F.P.: Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht (Diss. Bern 1971)
Oftinger, K.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil (4. Aufl., Zürich 1975) (zit. Oftinger, Haftpflichtrecht I)
– Die Haftung ohne Verschulden im schweizerischen Recht, in: Schweizerische Beiträge zum V. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (Zürich 1958) 51 ff. (zit. Oftinger, Die Haftung)
Pedrazzini, M.M.: Einführungsreferat, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG (Schweizer Schriften Bd. 29, Zürich 1978) 11 ff.
Rechtsstaats- und Rechtsschutzversicherung, Gedanken eines Rechtsschutzversicherers, in: FS für Heinz Gehrhardt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Kalwar (Karlsruhe 1975), 329 ff. (zit. Rechtsstaat)
Rühli, E.: Unternehmensführung und Unternehmenspolitik Bd. I (Bern 1973) (zit. Rühli, Unternehmensführung)
– Ein Ansatz zu einem integrierten, kooperativen Führungskonzept, in: Kirsch W.: Unternehmensführung und Organisation (Wiesbaden 1973) 71 ff. (zit. Rühli bei Kirsch)
– Beiträge zur Unternehmensführung und Unternehmenspolitik (Bern 1975) (zit. Rühli, Beiträge)
Schluep, W.R.: Schutz der Aktionäre auf neuen Wegen?, SAG 33 (1961) 137 ff.
Schucany, E.: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft (2. Aufl., Zürich 1960)
Schuller S.: Die Berechnung des Streitwerts, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 3 (Diss. Zürich 1974)
Schulthess, B.: Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1967)
Schwark, E.: Spartenorganisation in Grossunternehmen und Unternehmensrecht, ZHR 142 (1978) 203 ff.
Schwartz, D.J.: Penn Central: A Case Study of Outside Director Responsibility under the Federal Securities Laws, UMKC Law Review, vol. 45 (1977) No 3 394 ff.
Sheehan, Th.F.: The Liabilities Of Directors And Officers: With Practical Solutions For Their Discharge (3rd edition, Bartlett, Illinois 1979)
– An underwriter's dilemma: "Occurrence", "Accident", "Claims made" or "Discovered Loss" to insure the general contractor or construction manager, Vortrag, vorbereitet für die ABA National Institutes der American Bar Association, Section of Public contract law, gehalten am 22. April 1977 in Washington D.C. und am 12. Mai 1977 in Los Angeles, California (zit. Sheehan, Dilemma)
Spiro, K.: Verwaltungsrat und Aktienbuch, SAG 31 (1958/59) 1 ff.
Staehelin, M.: Gedanken zur Organisation der AG, in: FS für Erwin Ruck (Basel 1952), 249 ff.
Statement of the Business Roundtable: The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly owned Corporation, The Business Lawyer, vol. 33 (1978) 2083 ff.
Steiger, F. von: Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, wenn alle Aktionäre im Verwaltungsrat?, SAG 35 (1963) 265 ff. (zit. v. Steiger, Verantwortlichkeit)
– Das Recht der AG in der Schweiz (4. Aufl., Zürich 1970) (zit. v. Steiger, AG)
– Der Verwaltungsrat und sein Präsident, Aufgaben und Befugnisse, SAG 12 (1939) 1 ff. (zit. v. Steiger, in: SAG 12 (1939))

Stern, H.L.: The General Standard of Care Imposed on Directors under the New California General Corporation Law, UCLA Law Review, vol. 23 (1976) 1269 ff.
Stone, Chr.D.: Where The Law Ends – The social control of corporate behavior (New York 1975)
Sträuli/Messmer: ZPO – Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürich 1976)
Thalmann, A.: Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1975)
Thurm, M.: The "claims made" Form: Panacea, Placebo or Problem?, Excess and Surplus Lines Manual (June 1979) II-B-1.23, 1 ff.
Troy, J.F.: Dismissing D & O Suits – Committee can nip litigation in bud, Business Insurance vom 7. Juli 1980, 17
Tschäni, R.: Funktionswandel des Gesellschaftsrechts (Diss. Bern 1978)
Tuhr/Peter, von: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (3. Aufl., erste Lieferung, Zürich 1974; zweite Lieferung, Zürich 1979)
Ulrich/Fluri: Management (Bern 1975)
Vischer, F.: Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: FS für Wilhelm Schönenberger (Freiburg 1968) 345 ff. (zit. Vischer, Grenzen der Delegation)
– Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG (Schweizer Schriften Bd. 29, Zürich 1978) 71 ff. (zit. Vischer, Verantwortung)
Wallstreet Journal (New York): verschiedene ohne Autorenangabe publizierte Artikel
Wakeling, A.A.: Proposal to limit the Civil Liability of Corporate Directors and Officers, ILJ (October 1976) 608 ff.
Warschauer, O.: Das Problem der Aufsichtsrat-Haftpflicht und ihrer Versicherung vom wirtschaftlichen Standpunkt, Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft (Berlin 1906, Heft VIII) 1 ff.
Weiss, G.: Einleitung zum Aktienrecht, Berner Kommentar Bd. VII, 2. Abteilung, 1. Lieferung (Bern 1956) (zit. Weiss, Einleitung)
Wever, P.B.: Liabilities of Officers and Directors of Corporations, CPCU Annals (June 1974) 77 ff.
Wieland, A.: Die wichtigsten Reformen des Aktienrechtes nach dem Entwurfe des Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24–33 des Obligationenrechtes, ZSR 41 (1922) 491 ff. (zit. Wieland, in: ZSR 41 (1922))
Wistinghausen, J.: Unternehmensgrundsätze, Entstehung, Form, Inhalt, ZO 46 (1977) 61 ff.
Wussow, W.: Allgemeine Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherungen (AHB), Kommentar (8. Aufl., Frankfurt a.M. 1976)
Wyatt Company: The Wyatt Report (Chicago, Illinois 1979)
Zimmermann, H.: Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen (Zürich 1946)

EINLEITUNG

"Abe Lincoln could lose a shareholder's suit today. It's more than a question of honesty. You have to be candid, careful, lucky and have an attorney watching your every move"[1]. Die Rede ist von der Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung von Grossunternehmungen bzw. vom Problem, auf welche Weise diese Verantwortlichkeit in vernünftigen Grenzen zu halten sei.

Einen Lösungsansatz bringt die von Lloyd's vor rund 30 Jahren lancierte "Directors' and Officers' Liability Insurance", kurz "D & O" genannt. Die zunehmende Nachfrage nach diesem Produkt auf dem anglo-amerikanischen Versicherungsmarkt[2] fusst einerseits auf der komplexen Haftungssituation in den USA[3] und andererseits auf der expliziten gesetzlichen Erlaubnis an die Gesellschaften, für die Prämien aufzukommen[4].

Die Idee war und ist bestechend, empfindlich hohe Entschädigungen bzw. substantielle Vertretungs- und Verfahrenskosten aus Verantwortlichkeitsklagen auf einen Versicherer abzuwälzen.

Hohe Prämien, Unsicherheiten über den Deckungsumfang[5] etwa, aber auch die Zulässigkeit, hohe Kosten für den Versicherer usw. haben dazu beigetragen, dass beide Vertragsparteien nicht eitel Freude an diesem Produkt bekunden konnten.

Viele Fragen harrten – und harren auch weiterhin – der Klärung, wie beispielsweise das Problem der Opportunität dieser Versicherung (public policy)[6] oder die Frage nach dem Mass an Sorgfalt, das von Verwaltungsrat und Geschäftsführung vernünftigerweise zu verlangen sei (hierhin gehören das Phänomen "insurance breeds claims" und das Problem der Beeinflussung der Rechtsprechung durch das Bestehen von Versicherungsdeckung).

Die vorliegende Arbeit soll eine kritische Betrachtung der Verantwortlichkeitssituation in als AG organisierten Grossunternehmungen beinhalten (Kap. 1), Haftungssituation und "D & O"-Lösung in den USA darstellen (Kap. 2) und endlich die Frage nach Zulässigkeit und Umfang der Zulässigkeit einer "D & O" in der Schweiz abklären (Kap. 3).

1 Excess and Surplus Lines (Februar 1974) II-E-1.11,9.
2 In Europa hat die "D & O" erst in Belgien Fuss gefasst; in der Schweiz existiert sie – in etwas verwässerter Form – als Zusatzversicherung zur Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte.
3 Vgl. hinten § 6.
4 Vgl. hinten §§ 10 und 11.
5 Ein Problem, das wohl zur Hauptsache auf die fehlende Erfahrung mit dem Produkt zurückzuführen ist.
6 Vgl. Columbia Law Review 716 ff., aber auch Wakeling 608 ff.

1. KAPITEL

Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung

§ 1 Begriff und Wesen der Verantwortlichkeit

I. Definition

Im 6. Abschnitt der aktienrechtlichen Bestimmungen wird die Verantwortlichkeit geregelt. OR 754 umschreibt in sehr pauschaler Weise den Kreis der Personen, die für Schäden geradestehen müssen, welche sie durch fehlerhafte Leistungen bei der Verwaltung und/oder Geschäftsführung einer AG verursacht haben: "Alle"[1] mit diesen Chargen betrauten Personen werden im Schadenfalle nach dieser Bestimmung beurteilt. Die Verantwortlichkeit besteht für Schäden, die diese Personen bei Erledigung der ihnen obliegenden Aufgaben entweder durch absichtliche oder aber fahrlässige Pflichtverletzung verursacht haben[2]. Sie ist also – im Gegensatz zu aOR 674 – auch gegeben bei culpa levis[3].

Das Wort "Verantwortlichkeit" wird im Handelsrecht, wie Meier-Wehrli darlegt[4], für "die Haftung[5] der die Geschäfte führenden Personen einer Körperschaft" reserviert.

Verantwortlichkeit ist demzufolge die sich aus vertraglichen[6] und ausservertraglichen[7] Prinzipien ergebende Verpflichtung[8] des Schädigers, für den angerichteten Schaden einzustehen.

Zusammenfassend ist die Verantwortlichkeit nach OR 754 somit – zumindest auf den ersten Blick – als Institut des Schadenausgleichs zu definieren. Der Schädiger hat den Schaden zu ersetzen, den er durch eine Fehlleistung bei Erfüllung einer in seinen Verantwortungs- und Kompetenzbereich[9] gehörigen Aufgabe schuldhaft verursacht hat, oder aber denjenigen Schaden, welchen er durch die schuldhafte

1 StenBull StR 1931, 614: Nach Meinung der ständerätlichen Kommission ist es der Theorie und Praxis zu überlassen, zu bestimmen, wer "zu den mit der Verwaltung (...) betrauten Personen gehöre", und damit, wessen Handlungen im Lichte von OR 754 zu betrachten sind.

2 OR 754 I a.E.; ob der Schaden durch ein Tun oder durch Unterlassung herbeigeführt wurde, ist einerlei.

3 Vgl. allgemein zur Verschuldensfrage: Forstmoser, Verantwortlichkeit, 62 ff.

4 Meier-Wehrli 2.

5 So die Marginalie bei OR 754.

6 OR 97.

7 OR 41.

8 Vgl. zur Terminologie Verpflichtung – Haftung: v. Tuhr/Peter 17, nach Anm. 50.

9 Verantwortung und Kompetenz werden hier als Komplementärbegriffe verstanden. Dieser bezeichnet Recht und Pflicht zur Inangriffnahme der zugeteilten Aufgaben und zur Erteilung der nötigen Anordnungen, jener die entsprechende Pflicht, Rechenschaft abzulegen. In der Folge wird nur noch von Kompetenzbereichen gesprochen.

Nichterfüllung einer solchen Aufgabe oder durch schuldhafte Überschreitung seines Kompetenzbereiches verursacht hat[10].

II. Die Relativierung der gesetzlichen Anordnung

1. Verschulden

Wie erwähnt, haften die mit Verwaltung und Geschäftsführung beauftragten Personen für jedes Verschulden[11]. Die Haftung für absichtlich und grob fahrlässig herbeigeführten Schaden bedarf keiner weiteren Erläuterung; einer näheren Betrachtung ist hingegen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit zu unterziehen. Ein Problem stellt diese Anordnung des Gesetzgebers nicht schon deshalb dar, weil sie einen Ermessenstatbestand[12] kreiert, sondern vielmehr darum, weil die gleiche Bestimmung für das ganze Spektrum möglicher AG gilt: Nach OR 754 beurteilt sich die Verantwortlichkeit sowohl bei der Kleinst- als auch bei der Grossgesellschaft[13]. Hat leichte Fahrlässigkeit entsprechend aber auch einen von der Gesellschaftsgrösse abstrahierenden gleichen Gehalt?

10 Bürgi/Nordmann zu OR 753/754 N 3.

11 Diese Haftung bestand schon gemäss aOR 673 im Verhältnis zur Gesellschaft: vgl. Bürgi/Nordmann zu OR 753/754 N 6, Schucany zu OR 754 N 2. Die Klageberechtigung von Aktionären und Gläubigern war demgegenüber nur bei absichtlicher Schädigung gegeben: aOR 674.

12 Sobald komplexe wirtschaftliche Situationen in Frage stehen, gestaltet sich die Beurteilung der konkreten Sorgfaltspflichten für denjenigen Richter schwierig, dem wirtschaftliche, vorab betriebswirtschaftliche Kenntnisse fehlen (ähnlich A. Wieland, in: ZSR 41 (1922) 517). Sodann kann auch nicht übersehen werden, dass in Verantwortlichkeitsverfahren leicht Betrachtungen der sozialen Situation der Parteien in die Beurteilung der Sorgfaltspflichten einfliessen: ähnlich schon Hiestand, in: SJZ 4 (1908) 334; hiezu ist allerdings zu bemerken, dass die Kritik Hiestands nicht die Rechtsprechung zum Verantwortlichkeitsrecht im speziellen berührt. Vgl. auch die Formulierung Wielands, a.a.O., 514; Pedrazzini 12 sowie 22: "Die Verantwortlichkeit ist aber dann sehr fraglich, wenn grobe Fahrlässigkeit nicht festzustellen ist. Denn es dürfte äusserst schwierig sein, die Vergleichsgrösse zu finden, die das Verhalten des Verwaltungsrates eventuell als leicht fahrlässig erscheinen lässt. Ohne diese Vergleichsgrösse aber ist die Lösung der Verschuldensfrage nicht möglich ..."

13 Ich übernehme die Umschreibung von Vischer, Grenzen der Delegation, 346: Eine GrossAG ist somit eine Gesellschaft, die

"1. einen ausgedehnten Geschäftsbetrieb unterhält, bei welchem sich die Frage der Arbeitsteilung in besonderem Masse stellt;

2. über eine breite Kapitalbasis verfügt, wobei nicht die Form des Kapitals ausschlaggebend sein kann, kennen wir doch Giganten der schweizerischen Wirtschaft, die mit einem Mindestkapital, kombiniert mit anderen Kapitalbeteiligungsformen auskommen;

3. eine grössere Zahl an Mitarbeitern beschäftigt;

4. volkswirtschaftlich von Bedeutung ist".

2. Objektivierung des Verschuldens

a) Das Problem

aa) *Grenzen menschlicher Arbeitskapazität:* Der Problemaufnahme- und Problemlösungskapazität des Einzelmenschen sind mehr oder weniger enge Grenzen gesetzt. Diese Grenzen werden um so eher erreicht, je grösser die Zahl und Vielfalt der zu lösenden Aufgaben pro Zeiteinheit sind. Der Schritt zur arbeitsteiligen Problemlösung drängt sich auf; m.a.W. wird die Kompetenzdelegation unabdingbare Voraussetzung für eine sorgfältige Arbeitsweise. Die quantitative und qualitative Häufung von Aufgaben hat weiter zur Folge, dass sich der einzelne nicht mehr nur im Rahmen des von seiner Ausbildung her vorgezeichneten Tätigkeitsfeldes bewegt. Der Katalog an Sorgfaltspflichten, dem er als Berufsmann (Spezialist) zu genügen hat, taugt somit nicht mehr als Massstab für die Sorgfalt, die der Betreffende bei seinem Wirken anzuwenden hat[14].

bb) *Die Unternehmenssituation:* Die aufgezeigte Problematik findet sich bei jeder grösseren Unternehmung und tritt in starkem Masse schon bei jenen mittleren Unternehmungen auf, deren sorgfältige Führung nach der Spaltung in eine technische und eine kaufmännische Direktion ruft.

GrossAG nach der Umschreibung von Vischer[15] sind Haupterzeuger solcher Probleme; eine Tatsache, die zu belegen ist durch die Flut von betriebswirtschaftlichen Versuchen, mittels Organisations- und Führungsmodellen ihrer Herr zu werden[16].

b) Lösung

aa) *in quantitativer Hinsicht: Formulierung der Pflichten:* Der Gesetzgeber von 1936 war sich der Konsequenzen bewusst, die eine Haftungsverschärfung[17] mit sich

14 Zur näheren Auseinandersetzung mit dem Problem vgl. hinten §§ 2 und 3.

15 Vgl. Anm. 13.

16 Vgl. die hinten in § 3 zit. Literatur.

17 Von Haftungsverschärfung zu sprechen, trifft allerdings den Kern der Sache nur bedingt. Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen hafteten der Gesellschaft gegenüber schon vor 1936 für omnis culpa: vgl. vorne Anm. 11. Die Änderung von 1936 beschlägt lediglich den Kreis der für diese umfassende Haftung Klageberechtigten; so auch Bär, Verantwortlichkeit, 460. Die Verschärfung besteht somit – Kenntnis der relevanten Sachverhalte vorausgesetzt – in der Wahrscheinlichkeit, dass der einzelne Aktionär die Verantwortlichkeitsfrage nicht mit derselben Kulanz wie der Verwaltungsrat beurteilen würde.

bringen würde[18], doch schlug die Ansicht durch, dass die so erzielte Stärkung des Minoritäten- und Gläubigerschutzes die sich ergebenden Nachteile mehr denn aufwiege[19].

Die Haftungsverschärfung rief nach einer Umschreibung der Pflichten der Verwaltungsorgane, die auf die "praktischen Möglichkeiten und das abzustellen habe, was billigerweise diesen Organen zugemutet werden darf"[20,21].

bb) *in qualitativer Hinsicht: objektivierter Verschuldensmassstab:* Das Auseinanderklaffen von Eigentum und Herrschaft, Überlegungen des Minderheiten- und Gläubigerschutzes wie auch der Generalprävention lassen sich zur Begründung einer möglichst scharfen Haftung anführen. Eine absolute Haftung wäre aber untragbar und liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn die Möglichkeit bestünde, absolute, d.h. unfehlbare Organisations- und Verwaltungssysteme zu schaffen. Die Unmöglichkeit solch idealer Systeme ist aber u.a. ein Resultat nicht existenter Unfehlbarkeit der involvierten Personen.

Die praxisgerechte Entschärfung von OR 754 wurde mit der Objektivierung des Verschuldensmassstabes gefunden[22]: Den Handelnden trifft ein Verschulden, sofern er bei Erfüllung seiner Pflichten nicht diejenige Sorgfalt aufgewendet hat, "die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises (...) unter

18 Die hauptsächlichsten Befürchtungen waren:
- Schädigung des Vertrauensverhältnisses Organe – Gesellschaft und des Kredits der Gesellschaft, die durch die Anhebung von Verantwortlichkeitsprozessen zu erwarten wäre: so im Entwurf II, 83
- zu grosse Belastung der Organe und demzufolge Erschwerung von deren Bestellung: vgl. Prot. Exp. 1928, 439
- grosse Unruhe im Geschäftsleben, wenn jeder Gläubiger oder jeder Aktionär bei jedem Verschulden klagen könne: so Wieland, in: Prot. Exp. 1928, 447/448
- vgl. des weiteren StenBull StR 1931, 612 ff.; StenBull NR 1934, 345 ff.

19 Vgl. StenBull StR 1931, 614. Aus heutiger Sicht ist zu sagen, dass dieses Postulat nicht unglücklicher hätte verwirklicht werden können. Primäres Hemmnis für die befürchtete Klageflut war und ist nicht, dass in der Regel indirekter Schaden vorliegt und der dadurch bedingte Anspruch auf Ersatz an die Gesellschaft (OR 755) nur wenig Klageinteresse weckt (so StenBull NR 1934, 345). Vielmehr fehlen dank der sehr zurückhaltend formulierten Publizitätsvorschriften einerseits und der prohibitiv wirkenden Methode der Streitwertberechnung bei derartigen Prozessen andererseits sowohl Kenntnis für als auch Lust zur Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen: vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 114.

20 Vgl. Entwurf II, 83; Botschaft in BBl 1928 I, 254: Den Organen sollen nicht mehr Aufgaben überwiesen werden, "als bei natürlicher und billiger Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse praktisch durchführbar erscheint".

21 Inwieweit dies dem Gesetzgeber gelungen ist, wird, wenigstens am Rande, in § 2 zu untersuchen sein.

22 Vgl. allgemein zur Objektivierung: Forstmoser, Verantwortlichkeit, 63 ff. und die dort angeführten weiteren Hinweise.
Eine praxisgerechte Entschärfung stellt die Objektivierung des Verschuldens nicht etwa deshalb dar, weil sie die Haftung einschränken würde – das Gegenteil ist der Fall: vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht I, 37 –, sondern weil dadurch die Haftung für den einzelnen – wenigstens grundsätzlich – voraussehbar wird.

den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde"[23]. Die diligentia quam in suis[24] genügt folglich nicht, um diesen Anforderungen zu entsprechen[25].

Mit der Objektivierung des Verschuldens ist jedoch nicht auf alle Zeiten und für alle Fälle ein starrer Massstab für die geforderte Sorgfalt festgelegt; "vielmehr ist als Regel zu nehmen, was unter den gegebenen Verhältnissen, den *konkreten Umständen,* an Sorgfalt erwartet werden kann und muss"[26].

In *subjektiver Hinsicht* beurteilt sich die im Einzelfall relevante Sorgfalt somit nach

- den Berufsqualifikationen des Schädigers[27],
- seiner Stellung[28] und
- der konkreten Entscheidungssituation (Probleme bezüglich Zeit, Entscheidungsvorbereitung und dergleichen).

In *objektiver Hinsicht* ist dann zu fragen, ob ein "gewissenhafter und vernünftiger Mensch" unter den gegebenen Umständen anders gehandelt hätte bzw. ob bei dessen Handlungen der vorliegende Schaden nicht auch eingetreten wäre oder ob er durch sie hätte vermieden werden können.

Daraus folgt, dass das Unternehmerrisiko als Anwendungsfall des Fundamentalsatzes "casum sentit dominus" zu verstehen ist: Ist ein Schaden zurückzuführen auf einen Entscheid, dessen Grundlagen nach allen Regeln der Kunst erarbeitet worden waren, m.a.W., ist der Schaden lediglich negative Konsequenz eines vertretbaren Risikos, so entfällt jegliche Verantwortlichkeit[29].

23 So Meier-Wehrli 80.

24 Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 65.

25 Der Fehlbare kann sich nicht auf Gutgläubigkeit berufen, weil die in ZGB 3 statuierte Beweisregel nur dort von Bedeutung ist, wo das Gesetz an das Bestehen von Gutgläubigkeit eine Rechtswirkung knüpft (vgl. Jäggi zu ZGB 3 N 79 ff.). Hinzu kommt, dass das Bestehen von gutem Glauben (ZGB 3 II) und das Nichtbestehen von Verantwortlichkeit denselben Massstab der objektivierten Sorgfalt voraussetzen (vgl. Jäggi zu ZGB 3 N 122 ff.): Der Handelnde muss somit, um gutgläubig zu sein (= Bestehen von mangelndem Unrechtsbewusstsein trotz Aufwenden der nach den Umständen vorauszusetzenden Aufmerksamkeit) wie auch, um sich exkulpieren zu können, dieselbe (objektivierte) Sorgfalt angewendet haben. So gesehen gerät die Aussage, Gutgläubigkeit befreie nicht von Verantwortlichkeit, bei v. Steiger, AG, 268 und ihm folgend Meier-Wehrli 80 sowie Forstmoser, Verantwortlichkeit, 62 zur Leerformel bzw. will lediglich sagen, dass Nichtwissen nicht vor Verantwortlichkeit schütze.

26 Oftinger, Haftpflichtrecht I, 146.

27 Dieses Element ist nicht im arbeitsrechtlichen Sinne als möglicher Entlastungsgrund zu verstehen, sondern im Gegenteil als Verschärfung, welche im Anwendungsfall eine Art Übernahmeverschulden indiziert. Vgl. dazu auch Bär, Verantwortlichkeit, 463.

28 Pflichten und Rechte der nach OR 754 für Verwaltung und Geschäftsführung verantwortlichen Personen ergeben sich aus Gesetz, Statuten, Reglementen, Vertrag, ergänzenden Stellenbeschreibungen und gesetzes- und statutenkonformen Beschlüssen: OR 721 ff.; vgl. Bürgi zu OR 721 N 6.

29 Vgl. Meier-Wehrli 81; Bär, Verantwortlichkeit, 462; Forstmoser, Verantwortlichkeit, 64. Im amerikanischen Recht kommt in einer solchen Situation die "business judgment rule" zum Tragen: vgl. dazu Columbia Law Review 725.

III. Haftungsgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

1. Allgemeines

Unsere Rechtsordnung ist ein System von Rechtsregeln verschiedenster Ausgestaltung. In welche Form sie – wenn überhaupt – gegossen sind, ist für die hier wesentliche Aussage belanglos. Wichtig ist vielmehr der ihnen letztlich gemeinsame Zweck, die Beziehungen der Rechtssubjekte untereinander zu regeln.

Für den Bereich des Haftpflichtrechts in einem weiten Sinne[30] besteht die Konkretisierung des Gesagten darin, dass ein Schädiger dem Betroffenen von Gesetzes wegen[31] Ersatz für den angerichteten Schaden leisten muss[32]. Diese Verpflichtung, Schadenersatz zu leisten, besteht nur insofern, als gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Bei der vertraglichen wie der ausservertraglichen Haftung[33] sind diese gegeben, wenn ein Schaden vorliegt, Kausalität besteht "zwischen dem Schaden und dem Tatbestand, an den man die Haftbarmachung knüpfen will"[34], die Schädigung widerrechtlich bzw. in Verletzung eines Vertrages erfolgt ist[35] und der Schaden in schuldhafter Weise bewirkt wurde.

Die Umschreibung der "Voraussetzungen für die Haftbarmachung" erklärt jedoch, wie Oftinger bemerkt[36], die Gründe für die Haftbarkeit nicht, lässt die Motive für eine derartige Reaktion des Gesetzgebers auf fehlerhaftes Verhalten von Rechtsunterworfenen folglich nicht erkennen[37].

2. Relevanz dieser Frage für die vorliegende Arbeit

Allgemein lässt sich sagen, dass die Formulierung eines angestrebten Zieles Grundlage jedes "Soll-Ist"-Vergleiches ist. Im speziellen ist die Frage nach den Haftungsgründen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unabdingbare Voraussetzung für die Klärung der Frage nach der Opportunität einer Versicherung der Organhaftpflicht von Verwaltungsrat und Geschäftsführung.

30 Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht I, 3.
31 OR 41, 97.
32 Vgl. zur Abwälzung des Schadens: Oftinger, Haftpflichtrecht I, 33.
33 Hier ausschliesslich als Verschuldenshaftung zu verstehen, denn Ansprüche aus OR 754 sind auf diese beiden Arten der Verschuldenshaftung beschränkt. Zur Rechtsnatur der Ansprüche aus OR 754 allgemein: Forstmoser, Verantwortlichkeit, 45 ff.; Bürgi/Nordmann zu OR 753/754 N 11 ff.
34 So Oftinger, Haftpflichtrecht I, 48.
35 Bei der Vertragshaftung besteht die Widerrechtlichkeit in der Vertragsverletzung: Oftinger, Haftpflichtrecht I, 49.
36 Haftpflichtrecht I, 34.
37 Auch die vertragliche Haftung nach OR 97 ff. ist nicht einfach als Folge der eingegangenen Verpflichtung zu verstehen, denn auch hier besteht von Gesetzes wegen nur dann und insoweit eine Haftung, als auch ein Verschulden vorliegt: OR 99.

3. Mögliche Motive für die Verschuldenshaftung[38] im allgemeinen

"Die Wurzel der Verschuldenshaftung ist", wie Oftinger darlegt[39], "im Kern und der historischen Abkunft nach pönal."

Wer durch sein tadelnswertes Verhalten[40] einen Schaden hervorruft, hat diesen zu ersetzen. Schadenersatz mag somit als Unrechtssanktion[41] gesehen werden; eine Folgerung, die durch die gesetzlich geforderte Proportionalität zwischen Verschulden und Schadenersatz[42] bestätigt erscheint.

Allein, diese Überlegung lässt ausser acht, dass mit der Objektivierung des Verschuldens die Möglichkeit geschaffen wurde, auch den subjektiv Unschuldigen bei seiner Handlung zu behaften und dass die Institution "Haftpflichtversicherung" unter diesem Gesichtspunkt untersagt werden müsste[43]. Objektivierung des Verschuldens, Ausbau der Kausalhaftung und Überwälzung der Ersatzpflicht auf eine durch die Haftpflichtversicherung repräsentierte Kollektivität[44] deuten darauf hin, dass heute bei der Haftungsbegründung nicht der Schädiger im Blickpunkt des gesetzgeberischen Interesses steht, sondern der Geschädigte: Er soll, wenn immer möglich, für den erlittenen Schaden, für den er nicht selbst verantwortlich ist, gutgestellt werden.

Nach Oftinger ergibt sich daraus der Schluss, dass das moderne Haftpflichtrecht den Gedanken der Schadensdeckung vor den Gedanken der Verantwortlichkeit gestellt habe: "Es erstrebt nicht, wie die Verschuldenshaftung in ihrer ursprünglichen Ausprägung, in erster Linie Ahndung eines tadelnswerten Verhaltens, sondern Schutz des Geschädigten"[45].

38 Verschuldenshaftung soll hier alle Haftungstatbestände – vertragliche und ausservertragliche – umfassen, die an ein Verschulden anknüpfen.

39 Haftpflichtrecht I, 34; Esser, Schuldrecht I, 266: "Wiedergutmachung und Strafe sind (...) geschichtlich und ethisch (...) aus gleicher Wurzel entsprungen."

40 Was "tadelnswert" ist, beurteilt sich nach den moralischen Grundsätzen der in Frage stehenden Zeit.

41 Vgl. Larenz, Schuldrecht I, 350. Hier mag auch der Grund liegen für die noch heute bestehende Verbindung von Strafverfahren und Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche im Adhäsionsverfahren: vgl. Esser, Schuldrecht I, 266; StPO des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, § 192. Sodann ist zu denken an die im amerikanischen Recht bestehende Institution der "punitive damages": Die Zusprechung von "punitive oder exemplary damages", deren Umfang die eigentliche Schadensdeckung übersteigt, ist einerseits gedacht als Genugtuung, um den Geschädigten über die erlittene immaterielle Unbill hinwegzutrösten (solace), andererseits als Strafe für denjenigen Schädiger, der den Schaden in besonders verwerflicher Art und Weise herbeigeführt hat ("to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him"). Neben dem Ausgleichs- oder (hier wohl besser) Gutstellungsgedanken spielen bei der Begründung dieser speziellen Schadenersatzpflicht also auch das pönale Element und die Prävention mit: "Unlike compensatory or actual damages, punitive or exemplary damages are based upon an entirely different public policy consideration – that of punishing the defendant or of setting an example for similar wrong doers (...)." So Black's 352.

42 OR 43 I.

43 Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht I, 35.

44 Ders., Die Haftung, 59/60.

45 Ders., Die Haftung, 61.

Der Gedanke der Prävention endlich ist jeder haftpflichtrechtlichen Regelung, viel mehr noch der gesamten Rechtsordnung immanent: Die Anordnung des Schadenausgleichs kann nur als logische Konsequenz der Bemühungen verstanden werden, der Entstehung von Schaden vorzubeugen[46]. Der Präventionsgedanke ist jedoch, wie Larenz bemerkt[47], nicht als "tragendes Prinzip" des Schadenersatzrechtes zu bezeichnen: Nur gerade die Verschuldenshaftung knüpft die Drohung der Schadenersatzpflicht an ein vom Schädiger bestimmbares Verhalten. Wo keine Wahl der Verhaltensweise möglich ist, fällt deshalb die Drohung der Schadenersatzpflicht ins Leere. Inwieweit Prävention auch für die Verschuldenshaftung ein taugliches Prinzip darstellt, ist schwer zu beurteilen. Die Prävention bezweckt, von der Rechtsordnung verpönte Handlungsweisen der Rechtsunterworfenen mittels Androhung von Rechtsnachteilen zu verhindern[48]. Dieses gesetzgeberische Ziel kann im Bereich der Verschuldensformen Absicht und grobe Fahrlässigkeit dann erreicht werden, wenn die ethischen und moralischen Grundsätze von Gesetzgeber und Gesetzesadressat übereinstimmen. Aber auch bei Übereinstimmung in solchen Grundsätzen ist leichte Fahrlässigkeit nicht auszuschliessen, denn ebendiese Grundsätze lassen in concreto nicht zu, die Grenzen der objektivierten Sorgfalt zu erkennen[49]: Diese werden von Fall zu Fall vom Richter gezogen. Weiter ist zu bedenken, dass Prävention nur so weit von Einfluss sein kann, als das Bewusstsein des Schädigungseffektes beim Handelnden vorhanden ist oder doch bei Beachtung jener "elementarsten Vorsichtsgebote (...), die jeder vernünftigte Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgen würde", hätte vorhanden sein müssen[50]. Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass der Ausgleichsgedanke zentrales Motiv der Verschuldenshaftung ist. Pönalisierende Elemente wie auch Gedanken der Prävention spielen dagegen eine untergeordnete Rolle[51].

4. Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte und Geschäftsführer nach OR 754 im Lichte dieser Prinzipien

Das Ausgleichsprinzip mag bei der Haftung für unmittelbaren Schaden ausreichendes Motiv sein. Im Falle von Gesellschaftsschaden und damit – von Aktionärs- und Gläubigerseite aus – mittelbarem Schaden muss differenziert werden:

46 Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht I, 45.
47 Larenz, Schuldrecht I, 351.
48 Ders., a.a.O., 351.
49 Vgl. vorne in Anm. 12 a.E. das Zitat Pedrazzini.
50 Vgl. BGE 103 V 34 sowie die Ausführungen bei A. Keller 85 ff. Instruktiv insbes. die vom Zürcher Obergericht geprägte Formel für die Beurteilung der Frage von grober Fahrlässigkeit ("Wie hät er au nu chöne!") und leichter Fahrlässigkeit ("Er het scho sölle ..."), zit. bei A. Keller, a.a.O.
51 Larenz, Schuldrecht I, 351 bezeichnet die Prävention als ein "in vielen Fällen erwünschtes Nebenprodukt der Schadenersatzpflicht".

Stehen sich Gesellschaft[52] und Verantwortlicher gegenüber, so ist die Situation, welche eine Sozialisierung des Haftpflichtrechts[53] gebracht hat und rechtfertigt, nicht gegeben[54], steht hier doch der potente Geschädigte dem Schädiger gegenüber, dessen Haftungssubstrat – die Proportionalität von Verschulden und Ersatzpflicht einbezogen[55] – in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht ausreicht, um den Ersatzverpflichtungen nachzukommen[56].

Der Ausgleichsgedanke fällt m.E. bei mittelbarem Schaden somit als Motiv für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit weg: Wo sich die Schadensdeckung nicht als Reaktion des Gesetzgebers auf die immer neue Schadenherde erzeugende technisierte Umwelt[57] legitimiert und wo Schadensdeckung obendrein – in der geschilderten Art – ungewiss ist, verliert ein derartiger Gedanke jeden Sinn.

Den Bedürfnissen der Zeit gehorchend, war der Gesetzgeber von 1936 bestrebt, ein sachdienliches Verantwortlichkeitsrecht zu schaffen: Einem auf die tatsächlichen Möglichkeiten zugeschnittenen Pflichtenheft sollte eine entsprechend strenge Verantwortlichkeit gegenübergestellt werden[58].

Die gegen die Verschärfung der Verantwortlichkeit erhobenen Bedenken[59] wurden mit dem Hinweis auf das "Interesse des Minoritätsaktionärs und des Gläubigers an einem grösstmöglichen Schutz gegen fehlerhaftes Handeln der Organe"[60] neutralisiert oder, wie Weiss es formuliert, gegen "überbordende Verwaltungsmacht"[61].

Danach zu urteilen, scheint grundlegendes Motiv für die Gesetzeslegung von OR 754 die Prävention gewesen zu sein[62].

52 Es ist zu erinnern, dass die gemachten Überlegungen auf Grossgesellschaften zugeschnitten sind, die dank zahlreicher Reserven auch einen in die Millionen gehenden Schaden zu verkraften vermögen.

53 Oftinger, Die Haftung, 61, spricht von einer Tendenz des Haftpflichtrechts zur Fürsorge.

54 So auch für das amerikanische Recht: Columbia Law Review (722): "(And) the reason for the rule in personal injury cases – the strong policy in favor of compensating innocent victims – is less of a consideration in actions by the corporation against directors ... On the contrary, the shareholder's action is sanctioned more as a device for enforcing the director's fiduciary duty than as a means of reimbursing the corporation for its loss."

55 Eine Proportionalität, die – wie hinlänglich bekannt – im Verantwortlichkeitsrecht bei einer Mehrheit von Schädigern dem Solidaritätsprinzip zum Opfer fällt.

56 Zu denken ist im Extrem etwa an die Ausgleichung eines Schadenvolumens, wie die SKA es in der "Chiasso-Affäre" zu verzeichnen hatte, aber auch an weniger krasse Fälle, wie sie im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorgekommen sind: vgl. Schwartz zum Penn Central Case, sodann Sheehan 33 ff. Zum Problem vgl. auch Kleiner 4.

57 Vgl. Oftinger, Haftpflichtrecht I, 37 f.

58 Vgl. Botschaft 50 f. = BBl 1928 I 254 f.

59 StenBull StR 1931, 612 ff.: erpresserische und schikanöse Klagen durch Querulanten und Konkurrenten unter den Aktionären; Prot. Exp. 1928, 447; Wieland: Angst vor Chantageprozessen und der dadurch erzeugten "grossen Unruhe" im Geschäftsleben.

60 So Berichterstatter Thalmann, in: StenBull StR 1931, 614.

61 Einleitung, N 241 a.E.

62 Im Widerspruch zu diesem Ergebnis mag dabei die Äusserung von Wieland erscheinen, dass eine Verschärfung der Verantwortlichkeit nicht mit den Mitteln des Zivilrechts zu erreichen sei. Hier müsse das Strafrecht eingreifen! Vgl. Prot. Exp. 1928, 448. Dem Sinn der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechend, die nicht zuletzt als Institut des Aktionärs- und Gläubigerschutzes zu verstehen ist, kann jedoch auch diese Äusserung ihre Begründung

5. Kritik

Prävention bleibt dann leerer Buchstabe, wenn die in Frage stehende Schutznorm überhaupt nicht oder – wie bei OR 754 – wenigstens zur Hauptsache nicht zur Anwendung gelangt.

Wichtigster Grund dafür ist einmal, wie in den Beratungen prognostiziert[63] und durch die Praxis bestätigt[64], das geringe Interesse der Aktionäre an einer Klage auf Leistung von Schadenersatz an die Gesellschaft: OR 755. Sodann erlauben die bestehenden Publizitätsbestimmungen den Verwaltungen, ihre Informationen an die Aktionärsgemeinschaft derart inhaltlos zu gestalten[65], dass es den Aktionären auch bei Vorliegen einschlägiger Sachverhalte an der nötigen Klagegrundlage gebricht[66].

Eine weitere Hauptursache für die Zurückhaltung der Aktionäre, mittelbaren Schaden geltend zu machen, ist die Berechnung des Streitwertes[67] nach dem der

im Gedanken der Prävention haben. So auch Kleiner (4): "Verstärkt durch die Strafandrohung des Artikels 159 StGB vermag sie (die Verantwortlichkeit) auf die verantwortlichen Personen die notwendige generalpräventive Wirkung ausüben."

63 StenBull NR 1934, 345; Prot. Exp. 1928, 440.

64 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 186 N 15 f.; Forstmoser, Verantwortlichkeit, 175; Düggelin 96, insbes. die statistischen Belege 98 f.

65 Vgl. Dober 57 f., 72.

66 Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 175; Gehriger 163 f.; Vischer, Verantwortlichkeit, 82.

67 Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 114; Vischer, Verantwortlichkeit, 86. Der Streitwert dient, neben der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte, der Festsetzung von Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung sowie der Ermittlung von Anwaltshonoraren: Schuller 16. Seine Höhe bestimmt sich nach dem vermögenswerten Interesse des Klägers, das angestrebte Urteil zu erlangen. Klagt der Aktionär auf Ersatz des mittelbaren Schadens, so ist sein vermögenswertes, d.h. sein bezifferbares Interesse höchstens gleich dem seinem Aktienbesitz entsprechenden Anteil am eingeklagten Schadenersatz. Auch diese Berechnung ist – wie die traditionelle – zweifelhaft, da sich die Vermögenslage des Klägers nur gerade im Falle der Gesellschaftsliquidation oder bei Ansteigen des Aktienkurses im Anschluss an die Zusprechung des geforderten Schadenersatzes verbessert – zwei aus naheliegenden Gründen eher unwahrscheinliche Möglichkeiten.
Das Klageinteresse ist, wie sich daraus erhellt, nicht identisch mit dem nach bestehender Praxis zur Bestimmung des Streitwertes herangezogenen Gesamtschaden der Gesellschaft. Es setzt sich m.E. vielmehr zusammen aus
- einem materiellen Interesse im vorne geschilderten Umfange und – in überwiegendem Masse –
- einem unbezifferbaren ideellen Interesse an sorgfältiger Verwaltung und Geschäftsführung,

dem er als Einzelperson einzig durch die Verantwortlichkeitsklage Nachachtung verschaffen kann.
Vgl. dem Sinne nach Bär, Verantwortlichkeit, 458.
Einer Änderung dieser bestehenden Praxis, die in absolutem Widerspruch zum Wesen des Zivilprozessrechts steht (es ist zwingend darauf festgelegt, der Verwirklichung materiellen Rechts zu dienen: Guldener, in: ZSR NF 80 (1961) II, 5), ist einzig entgegenzuhalten, dass dem klagewilligen Aktionär damit überhaupt nicht gedient wäre. Wird er z.Z. vom übergrossen Prozessrisiko von der Klage abgehalten, würde er dann, wie Vischer (Verantwortlichkeit 86) wohl zu Recht festhält, keinen Anwalt finden, der sich bereit erklären würde, ein "meistens arbeitsintensives Mandat mit niedrigem Streitwert" zu übernehmen. Einziger Ausweg aus diesem Dilemma scheint die Belastung der Gesellschaft mit den Prozesskosten,

Gesellschaft erwachsenen Gesamtschaden bzw. die Höhe der durch diesen Streitwert bestimmten Gerichtsgebühren, Prozessentschädigungen und Anwaltskosten[68].

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verantwortlichkeitsklage, wie sie im Gesetz verankert ist, weder zum Schadenausgleich angetan noch der Prävention dienlich ist. Es will scheinen, als hätte der Gesetzgeber von 1936 wohl ein Instrument zur Zügelung der Verwaltung bereitstellen wollen, dieses jedoch aus Angst, die aktienrechtliche Idylle könnte zu sehr gestört werden, recht zahnlos gestaltet. M.a.W. muss die Verantwortlichkeitsklage aus heutiger Sicht als unglücklich konzipierte Konzession an den Minderheitenschutz bezeichnet werden.

6. Verantwortlichkeit und Versicherung

Die Zulässigkeit der "D & O" für die Schweiz wird in Kap. 3 hinten behandelt.

sofern die "Klage in guten Treuen angehoben wurde" (so Vischer, a.a.O., 86; Düggelin 97). Diese Lösung scheint mir auch mit der lex lata (OR 755) absolut vereinbar. A.M. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 114, Anm. 766. A.M. bezüglich der Streitwertberechnung beispielsweise Gehriger 162: Im Streite befände sich mehr als nur(!) die Interessen des Klägers.

68 Vgl. Bürgi/Nordmann zu OR 753/754 N 52 a.E.; Forstmoser, Verantwortlichkeit, 114.

§ 2 Zuständigkeitsbereiche von Verwaltungsrat und Geschäftsführung

I. Die gesetzliche Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates

Das Gesetz regelt in OR 721 ff. die "Aufgaben der Verwaltung im einzelnen"[1]. OR 721 II grenzt die Kompetenzen der Verwaltung gegen diejenigen der "Generalversammlung oder andern Gesellschaftsorgane" ab[2]. Diese Bestimmung vermeidet einmal "positive und negative Kompetenzkonflikte"[3] zwischen Generalversammlung, Verwaltung und Kontrollstelle, des weiteren ist sie Ausdruck der gesetzgeberischen Konzeption für die Organisation der Aktiengesellschaft, wonach die Exekutivfunktionen[4], d.h. Geschäftsführung und Aufsicht, in den Händen der Verwaltung[5] vereinigt sein sollen. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, die Verwaltungs- und Geschäftsführungskompetenzen ausschliesslich *einem* Verwaltungsorgan zuzuordnen. Die Delegation von Exekutivkompetenzen ist damit zwar nicht ausgeschlossen[6], doch bleibt die Bestimmung von deren Art und Umfang weitgehend[7] der einzelnen Gesellschaft überlassen[8]. Dadurch wird die vielgerühmte Freiheit gewahrt, Unternehmen ihren praktischen Bedürfnissen entsprechend organisieren zu können[9].

Bei Betrachtung von OR 721 II lassen sich dementsprechend zwei Erkenntnisse gewinnen:

- Er regelt die Kompetenzaufteilung im Organbereich
- und schliesst – im Verein mit OR 717 II – jedes selbständige Bestehen einer Geschäftsführung als Institution der Unternehmenshierarchie ex lege aus[10].

1 So die Marginalie neben OR 721.
2 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 139.
3 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, a.a.O., 139.
4 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, a.a.O., 137.
5 Vgl. Vischer, Verantwortung, 73.
6 OR 717, insbes. Abs. II.
7 Dazu des näheren unter II. nachfolgend.
8 Ist von dieser Regelungsfreiheit kein Gebrauch gemacht worden, so stehen die Geschäftsführung und Vertretung gemäss OR 717 III allen Mitgliedern der Verwaltung gemeinsam zu; eine Regelung, die wohl nur in kleinsten Verhältnissen praktikabel ist und m.E. in unübertreffbarer Weise das Anliegen des Gesetzgebers dokumentiert, der Praxis einen möglichst grossen Freiraum zu gewähren, sie aber auch darauf zu verpflichten, diesen nach bestem Wissen und Gewissen zu nutzen: OR 722 I.
9 Vgl. Botschaft 1928, 49; Holzach 5.
10 Dies mag mit ein Grund dafür sein, dass in der Lehre bei der Zuordnung sog. undelegierbarer Kompetenzen direkt auf die in OR 722 ff. aufgezählten Pflichten abgestellt wurde.

II. Möglichkeit und Grenzen der Kompetenzdelegation

1. Allgemeines

a) *Die gesetzliche Regelung:* Die Möglichkeit der Kompetenzdelegation wird in OR 714 II und 717 statuiert. Die Tatsache dieser gesetzgeberischen Anordnung ist dabei kaum problematisch, wohl aber die Art und Weise ihrer Redaktion. Sie hat in einem Teil der Literatur zur eingleisigen Aufteilung der Verwaltungskompetenzen in "delegierbare Geschäftsführung und Vertretung" (gemäss OR 717 II) einerseits und "nicht delegierbare Verwaltung i.e.S." andererseits geführt[11].

Würde man einer derartigen Unterteilung in der Praxis stattgeben, führte dies – der Überlastung wegen – mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einer Demissionsepidemie in den Verwaltungsräten aller grösseren Gesellschaften: Allein die Maxime der sorgfältigen Geschäftsführung (OR 722 I) ist Grund genug, die Anhäufung von Bereichen für eigenes Tätigwerden des Verwaltungsrates, wie sie etwa bei Meyer[12] zu finden ist, strikte abzulehnen.

b) *Fehlen expliziter gesetzlicher Schranken der Delegation:* Unabdingbare Voraussetzung für die Bestimmung der Grenzen der Delegation ist es, die Pflichten und Rechte der Mitglieder des Exekutivorgans auch positiv zu erfassen[13]. Auszugehen ist dabei vom gesetzgeberischen Modell, das subsidiär – wie bereits erwähnt – alle Exekutivkompetenz dem Verwaltungsrat zuordnet. Die Kriterien, welche für die Grenzen der Kompetenzdelegation innerhalb[14] und ausserhalb[15] des Verwaltungsrates bestimmend sind, ergehen jedoch weder aus einer Zusammenstellung der im Gesetz der Verwaltung zugeordneten Aufgaben noch aus der Stellung und Formulierung der Delegationsnormen[16].

c) *Sinn der Aufgabenzuordnung an die Verwaltung:* Die erwähnte Zuordnung ist m.E. a priori nicht institutionell, sondern funktionell zu verstehen. Daher ist grundsätzlich Lanz darin zuzustimmen, dass *nicht* die Aufgabenträger durch das Gesetz zwingend bestimmt sind, sondern die Aufgaben[17]. Lanz geht allerdings etwas weit, wenn er das Pflichtenheft der Verwaltung praktisch auf die sorgfältige Organisation

11 Vgl. die Darlegungen bei Meier-Wehrli 9 und die dortigen Hinweise in Anm. 29; insbes. aber den Aufgabenkatalog bei Meyer 28 ff.; die Kritik bei Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 180 N 28.

12 28 ff.

13 Die Kompetenzabgrenzung zu den übrigen Organen erfolgt, wie vorne I. festgehalten, durch OR 721 II.

14 OR 714 II.

15 OR 717 II.

16 Vgl. lit. a).

17 187; diese These findet denn auch ihre Bestätigung in einer vielzitierten Stelle der Botschaft 1928 (vgl. dort 51), wo auf die besonderen organisatorischen Bedürfnisse von Grossunternehmen hingewiesen wird.

der Unternehmung reduziert bzw. die Verantwortlichkeit nur noch in Fällen unsorgfältiger Delegation gerechtfertigt erachtet.

Ich teile zwar die Auffassung, dass sich die Ausgestaltung von Pflichtenheften nach den zu lösenden Aufgaben zu richten hat, bin jedoch der Ansicht, dass oberste Führungsaufgaben zwingend jener Institution zuzuordnen sind, die an der Spitze der Unternehmenshierarchie steht und welcher somit – schon rein formell – die Gesamtverantwortung für das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen zukommt[18]. Die Richtigkeit des Gesagten folgt aus der einfachen Einsicht, dass nur derjenige befähigt ist, eine zweck- und zielkonforme Unternehmensorganisation aufzubauen, der auch an der Formulierung dieser letzten "Grössen", d.h. der Rahmenbedingungen, nach denen sich alle unternehmerische Tätigkeit auszurichten hat, in entscheidender Funktion beteiligt war und/oder an deren ständiger Überprüfung und eventueller Revision beteiligt ist.

Sodann ist zu bedenken, dass jede Delegation Allokation einer Aufgabe in einer Sphäre mit einem wohl konkreteren, aber weniger umfassenden Informationsstand bedeutet, was zur Folge hat, dass eine Aufgabe, wie beispielsweise die Frage der Unternehmensphilosophie oder der Unternehmenspolitik, bei Delegation nach zu engen Gesichtspunkten aufgefasst und gelöst würde[19].

2. Rechte und Pflichten der Verwaltung

a) *Die gesetzliche Regelung:* Der Unterabschnitt B "Die Verwaltung" innerhalb des 3. Abschnittes "Organisation der Aktiengesellschaft" des Aktienrechtes beinhaltet zur Hauptsache die für die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Exekutive relevanten Anordnungen[20].

Kern dieses Normenkomplexes bilden dabei zweifellos die Art. 721 ff. OR, in denen des näheren auf die Befugnisse und Pflichten der Verwaltung eingegangen wird[21]. Die in diesem Zusammenhang etwa weiter genannten Bestimmungen OR 714, insbesondere deren Abs. II, und OR 717 sind sowohl ihrer Stellung als auch ihrem Inhalte nach nichts anderes als Organisationsbestimmungen bzw. Erlaubnisnormen für die Delegation, die der Gesellschaft den unternehmenskonformen Organisationsspielraum gewähren.

18 Vgl. Vischer, Verantwortung, 76; ders., Grenzen der Delegation, 351; ähnlich Mötteli 106; Bürgi zu OR 722 N 2 a.E.

19 Vgl. hinten §§ 3 und 4.

20 Ausserhalb dieser Normengruppe nennen die folgenden 14 Artikel Aufgaben, die vom Gesetz formell der exekutiven Gewalt in der AG zugeordnet werden: OR 622, 640, 663, 681, 682, 685, 686, 697, 699, 702, 706, 737, 740, 748.

21 Die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung gibt nichts her, denn jeder Befugnis zu handeln, folgt auch eine entsprechende Pflicht zu handeln.

b) *Das Verhältnis von OR 714 II zu OR 717:* In der Lehre wird dem Gesetzgeber manchenorts mangelndes Verständnis für eine sachgerechte Systematik vorgeworfen[22]. Die Richtigkeit dieser Behauptung legitimiert jedoch nicht dazu, Organisationsnormen, wie sie OR 714 und OR 717 darstellen[23], in Sachnormen umzufunktionieren, wie dies etwa durch die Verquickung dieser Normen mit der Bezeichnung von Delegationsgrenzen geschieht[24].

Sobald ein Unternehmen eine gewisse Grösse erreicht hat, drängt es sich auf, der komplexeren Regelungssituation, in der es sich befindet, mittels Angleichung der Zahl derer Rechnung zu tragen, die für die Verwaltung insgesamt oder für Teile verantwortlich zeichnen. OR 714 nimmt deshalb m.E. einzig auf das Vorliegen einer solchen Situation und die Bezeichnung eines mehrköpfigen Verwaltungsrates Bezug und statuiert, dass der Verwaltungsrat entsprechend den praktischen Bedürfnissen nicht gehalten ist, die Unternehmung als Kollegialinstanz zu leiten[25]. Die in OR 714 II erwähnten Aufgaben haben – so gesehen – denn auch nur exemplarischen Charakter und somit weder den Sinn, dem Verwaltungsrat bzw. dessen Ausschüssen zwingend die genannten Aufgaben zuzuordnen, noch die Bedeutung, die Grenzen zwischen "undelegierbarer Verwaltung i.e.S." und "delegierbarer Geschäftsführung" aufzuzeigen[26]. Während sich OR 714 II ausschliesslich auf die Organisation des Verwaltungsrates (= Personenkreis, dem formelle Organqualität zukommt) bzw. nach Schucany[27] auf die Entlastung des Präsidenten bezieht, ist OR 717 Organisationsnorm für die Gesamtheit der Verwaltung der AG (= Personenkreis, dem materielle Organqualität zukommt) und befasst sich mit der Verteilung der anstehenden Aufgaben. Diese Aussagen bedürfen der Erläuterung:

c) *Synonymie der Begriffe:* Schulthess[28] und Meier-Wehrli[29] zeigen, wie verschiedenartig die Begriffe "Verwaltung" und "Geschäftsführung" in der aktienrechtlichen Literatur verwendet werden; dies im offensichtlichen Bemühen, gültige Kriterien zu finden, die es erlauben, delegierbare von nicht delegierbarer "Verwaltungsmaterie" zu trennen. Gerade diese Unterscheidung aber hält, wie Vischer darlegt, nicht stand[30], denn – und dies will die obige Formulierung besagen – "Ver-

22 Beispielsweise Zimmermann 5.
23 Die Marginalie zu OR 714 heisst denn auch "Organisation".
24 Vgl. vorne II. 1. a.
25 Vgl. Spiro 5. Zimmermann 40 bezeichnet diese Bestimmung als "veritablen gesetzgeberischen Ballast", da dem Verwaltungsrat diese Möglichkeit der "rationelleren und intensiveren Erfüllung" seiner Aufgaben ohnehin zugestanden hätte, vgl. a.a.O., 41.
26 Vgl. Schucany zu OR 714 N 2: Die Ermächtigung durch Statuten, GV-Beschlüsse und Reglemente, Ausschüsse zu bestellen, sei nicht erforderlich, da es sich bei OR 714 II "nicht um die Verteilung oder Übertragung seiner Befugnisse" handle, "sondern nur um eine die Entlastung des Präsidenten des Verwaltungsrates bezweckende Massnahme". Ders. zu OR 717 N 1: "Dieser Artikel handelt von der Verteilung (Abs. 1) und Übertragung (Abs. 2) der Befugnisse ..."
27 Vgl. oben Anm. 26.
28 70 ff.
29 2 ff.
30 Grenzen der Delegation, 349.

waltung" und "Geschäftsführung" sind keine echten gegensätzlichen Begriffe[31]. Damit ist auch gesagt, dass mit der Subsumierung bestimmter Aufgaben unter die Begriffe "Verwaltung" und "Geschäftsführung" noch kein Kriterium der Delegierbarkeit gewonnen ist.

Die gesamten in diesem Zusammenhang angeführten Begriffe, wie "höhere", "eigentliche" Verwaltung, Verwaltung "im engeren Sinne", "im weiteren Sinne", Geschäftsführung, Geschäftsleitung, Unternehmensführung, Unternehmensleitung, sind m.E. bedeutungsgleich. Sie geben kaum ein taugliches Kriterium her, um die Grenzen der Delegationsmöglichkeiten zu bestimmen, sind sie doch höchstens qualitative oder quantitative Abstufungen der Umschreibung ein und desselben Sachverhaltes, nämlich der Gesamtheit der exekutiven Aufgaben, die gelöst werden müssen, um den Endzweck der das Unternehmen tragenden Gesellschaft, das Gewinnstreben bzw. die Gewinnerzielung, gewährleisten zu können.

Solche qualitativen und quantitativen Unterscheidungen sind darauf angelegt, den der Exekutive der Gesellschaft angehörenden Institutionen, losgelöst von der konkreten Regelungssituation, aufgrund des Gesetzes gewisse Kompetenzen zwingend zuzuordnen[32]. Eine solche Lösung soll m.a.W. eine Vielzahl von Regelungssituationen berücksichtigen; sie versucht der Tatsache gerecht zu werden, dass das schweizerische Aktienrecht – abgesehen von OR 723 I – für Aktiengesellschaften verschiedener Grösse *keine* verschiedenen Anordnungen trifft.

Die offene gesetzliche Regelung ist jedoch darauf angelegt, die konkrete Regelungssituation der einzelnen Gesellschaft zu berücksichtigen, weshalb jede standardisierte Auslegung, d.h. die abstrakte Festlegung bestimmter Delegationsgrenzen, nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen kann.

Aus den bisherigen Darlegungen erhellt, dass die beschriebene Lösung (= standardisierte Delegationsregelung) nur auf einen bestimmten, kleinen Kreis gleichartiger Fälle anwendbar sein kann: dort nämlich, wo der Verwaltungsrat noch fähig ist, mit der von ihm in OR 722 I geforderten Sorgfalt all den z.B. bei Meyer genannten Aufgaben persönlich nachzukommen. Es ist leicht einsehbar, dass ein solcher Zustand nur noch in kleinen, leicht überblickbaren Verhältnissen vorkommen kann.

d) *Die Gesetzesterminologie:* Das Gesetz spricht in OR 717 von Geschäftsführung und Vertretung. OR 722 I lautet: "Die Verwaltung hat die Geschäfte der Gesellschaft mit *aller Sorgfalt* zu leiten."

Ausgehend von der vorgängig geäusserten Überzeugung, dass der Gesetzgeber einerseits alle Exekutivkompetenz einem einzelnen als Verwaltung bzw. Verwaltungsrat bezeichneten Organ zugeordnet hat und mit den Delegationsbestimmungen

31 Vischer, Grenzen der Delegation, 349. Ebenso Ostertag, in: Prot. Exp. 1928, 361: "Meines Erachtens ist alles Handeln für die Gesellschaft 'Geschäftsführung'. Die Geschäftsführung kann Oberaufsicht oder eigentliche Geschäftsführung sein." Meier-Hayoz, Handelsrechtsvorlesung II, 60, zit. bei Schulthess 70.

32 Vgl. Meyer 28 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 179 f.

der Praxis die nötige Organisationsfreiheit schaffen wollte und andererseits, dass *nur* die Aufgaben, nicht aber die zuständigen Instanzen zwingend bezeichnet wurden, darf geschlossen werden, dass die an den genannten Gesetzesstellen benützten Termini nicht nur dem Wort, sondern auch dem Inhalte nach übereinstimmen. Vischer[33] kritisiert die wenig glückliche Hand des Gesetzgebers bei der Formulierung von OR 722: Komme der Verwaltung gemäss dessen Abs. 1 die Geschäftsleitung zu, so sei dies gemäss Abs. 2 Ziff. 2 nicht der Fall. Richtig ist dabei die Kritik an der gesetzgeberischen Phantasielosigkeit in der Wahl der Begriffe, falsch dürfte jedoch die Gleichsetzung der beiden Gesetzesstellen sein. Wie mir scheint, zeigt OR 722 in eindrücklicher Weise das Problem des Gesetzgebers, ein Gesetz formulieren zu müssen, das die Verhältnisse kleiner und grosser Gesellschaften gleichenteils zu berücksichtigen hat:

Hätte der Gesetzgeber lediglich eine Regelung für Kleingesellschaften treffen müssen, wäre er mit den Abs. 1 und 3 von OR 722 ausgekommen, denn die Formulierungen in Abs. 2 nehmen praktisch ausschliesslich Bezug auf Verhältnisse[34], in denen der Verwaltungsrat nicht mit der Geschäftsleitung identisch ist. Sobald diese Identität wegfällt, wie dies insbesondere bei Grossgesellschaften der Fall ist, tut es not, im Rahmen des Vernünftigen zwar, aber immerhin dieser veränderten Regelungssituation Rechnung zu tragen: Der Gesetzgeber löst das Problem, indem er die Verwaltung anweist, "die für den Geschäftsbetrieb *erforderlichen* Reglemente aufzustellen und der Geschäftsleitung die *nötigen* Weisungen zu erteilen"[36,37] und als unabdingbares Gegenstück jedes Weisungsrechts den "feedback", d.h. den für die Ausführungskontrolle unerlässlichen Informationsrückfluss, sicherzustellen[38].

Sinn und Zweck von OR 722 I ist somit ein anderer: War die Formulierung "Die Verwaltung hat die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten" vorhin, neben der Bestimmung des Massstabes für die bei der Verwaltung der Gesellschaft anzuwendende Sorgfalt, allgemeinste Umschreibung der Pflichten des Exekutivorgans der (Klein)AG schlechthin, so ist sie jetzt m.E. einzig gültiges Kriterium für die Bestimmung der Grenzen der Delegation.

e) *Ergebnis:* Zusammenfassend lässt sich somit der Umfang der Verwaltungsaufgaben aus drei Quellen ableiten: Primär ergeben sich die Aufgaben aus all jenen

33 Grenzen der Delegation, 351.
34 Abs. II Ziff. 1 ist schon in OR 721 I enthalten.
35 Prot. Exp. 1928, 359 f.; Botschaft 1928, 50 = BBl 1928 I, 254.
36 OR 722 II Ziff. 2.
37 Der Gesetzgeber bestimmt wiederum nicht imperativ, es müssten Reglemente erstellt und Weisungen erteilt werden; er berücksichtigt vielmehr einmal mehr die konkrete Regelungssituation: Ist es gemäss der allgegenwärtigen Sorgfaltspflicht vonnöten, Reglemente aufzustellen und Weisungen zu erteilen, so hat dies zu geschehen. Zu beachten ist dabei alleweil, dass zu enge Regelungen dazu tendieren, die Selbstverantwortlichkeit und die Eigeninitiative zu hemmen; eine Wirkung, die sich auch nicht mit sorgfältiger Geschäftsführung vereinbaren lässt.
38 OR 722 II Ziff. 3.

handelsrechtlichen Normen, die eine explizite Zuordnung vornehmen[39]. Ergänzt wird diese Liste durch die sich aus der Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung in OR 721 II ergebenden Aufgaben, und abgerundet wird der Katalog durch die sich gemäss dem Postulat der sorgfältigen Verwaltung in OR 722 I aus der konkreten Regelungssituation ergebenden Aufgaben[40].

3. Die Sorgfaltspflicht nach OR 722 I – das Kriterium zur Bestimmung der Grenzen der Delegation

a) *Das Problem:* Ebenso wie bei der Normierung des Aktienrechts in seiner Gesamtheit darauf geachtet werden musste, dass die gesetzgeberische Vorstellung von der Aktiengesellschaft sowohl für kleine als auch für grosse Verhältnisse vernünftigte Regelungsmöglichkeiten hergab, ist hier die Aufgabe gegeben, eine Formel zur Bestimmung der Grenzen der Delegation zu finden, die auf das gesamte Spektrum möglicher Aktiengesellschaften anwendbar ist.

b) *Bestehende Ansätze:* Vorauszuschicken ist, wie bereits erwähnt[41], dass die Unterteilung der Exekutivaufgaben in "nicht delegierbare Verwaltung" und "delegierbare Geschäftsführung" als Prinzip zur Feststellung der Grenzen der Delegation nicht taugt, da es kaum gültige Kriterien geben dürfte, um diese beiden Begriffe praxisrelevant festzulegen und voneinander abzugrenzen[42].

In der Folge werde ich auf die Darlegungen einzelner Autoren zum Thema "Delegationsgrenzen" eingehen:

– *Spiro*[43] geht vom Bestehen zwingender Vorschriften für das vom Gesetz verlangte Verwaltungsorgan aus. Er bezeichnet all jene Delegationen als unzulässig, "durch die der Verwaltungsrat sich jenes Minimums der Befugnisse begibt, dessentwegen der Gesetzgeber ihn vorsieht", Delegationen von Aufgaben m.a.W., die gemäss der Gesetzeskonzeption "zu den spezifischen Aufgaben des Verwaltungsorgans gehören". Dass sich die Bestimmung dieser Aufgaben aus dem

39 Vgl. die Auflistung vorne Anm. 20, sodann insbes. OR 722 ff., aber auch OR 721 I.

40 Vgl. Meier-Wehrli 28 f.

41 Vgl. vorne 2. c).

42 Es ist nochmals auf die Argumentation Vischer's (Grenzen der Delegation, 349/50) hinzuweisen; Spiro 2 f. mit einer Analyse der bestehenden Literatur; Hirsch 259; ablehnend auch Holzach 15, da sich "ein klares und einleuchtendes Kriterium für die absolute Nicht-Delegierbarkeit der Verwaltungstätigkeit" nicht finden lasse. Unverständlich deshalb der Widerspruch, wenn er weiterfährt, dass die Trennung in Geschäftsführung und Vertretung sich gleichwohl rechtfertige "unter dem Gesichtspunkt, dass das Gesetz die Verantwortung für die Verwaltungstätigkeit ausdrücklich und einzig dem Verwaltungsorgan auferlegen wollte", eine Zuordnung allerdings, die eine Delegation an Verwaltungsratsmitglieder bzw. an Dritte als Hilfspersonen gleichwohl zulasse.

43 In SAG 31 (1958) 1 ff.

Gesetzestext ergebe, verneint er. Eine ausdrückliche Zuweisung in Gesetz und Statuten sei höchstens "als Indiz für die der Zuweisung beigelegte Bedeutung" zu betrachten[44]. Die Bestimmung der Grenzen erlaubter Delegation habe einerseits "dem Bedürfnis der Elastizität und Anpassungsfähigkeit der gesetzlichen Ordnung" Rechnung zu tragen, müsse sich andererseits aber auch im Einklang mit dem offensichtlichen Willen des Gesetzgebers befinden, "alle legitimen Interessen zu schützen und auszugleichen und eigentliche Missbräuche nicht nur zu bekämpfen, sondern möglichst zu verhindern".

– Auch *Holzach*[45] geht vom Bestehen gewisser Verwaltungsbefugnisse aus, in deren Erfüllung durch den Verwaltungsrat "Begründung, Sinn und Zweck" für die zwingende Statuierung eines Verwaltungsorgans durch den Gesetzgeber lägen. Die Zulässigkeit der Delegation bestimmt er danach, ob der Verwaltungsrat trotz Delegation noch die Befugnisse habe, die delegierten Aufgaben wieder an sich zu ziehen, von den betrauten Personen Auskunft zu verlangen, verbindliche Weisungen zu erteilen und jederzeit einzugreifen.

– *Vischer*[46] hält dafür, die Grenzen der Delegation für die einzelnen Unternehmensbereiche abzustecken[47]: Für die "eigentliche Geschäftsführung" kommt er unter Einbezug der einschlägigen Literatur zur Auffassung, dass für die gewöhnlichen Aktiengesellschaften gleiches wie für die Banken gemäss BaG 3 II gelte, nämlich, dass "Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle" von Gesetzes wegen undelegierbar in der Kompetenz des Verwaltungsrates verbleiben[48].
Hinsichtlich des Finanzsektors unterscheidet Vischer zwischen Aufgaben formeller[49] und Aufgaben materieller[50] Art:

  – Gestützt auf OR 714 II und mit dem Hinweis auf die klare Trennung zwischen "Geschäftsführung" und Aufstellung von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung in OR 722 II und III, bezeichnet er hinsichtlich der formellen Aufgaben deren "wichtigste" – die Aufstellung der Gewinn- und Verlustrechnung – als nicht delegierbar[51].

44 Spiro, a.a.O., 5 oben.
45 17.
46 Grenzen der Delegation, 351 ff.
47 Eine Variante, die sich aus seinem Thema "Verwaltung und Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG" ergeben hat.
48 Vischer, a.a.O., 352.
49 Aufstellung der Bilanz und Erfolgsrechnung; dazu gehören Ausführungen im Geschäftsbericht, Avisieren der Generalversammlung bei Unterbilanz bzw. des Richters bei Überschuldung.
50 Festsetzung und Einhaltung des Budgets, Erhaltung der Liquidität, Finanzierungsbeschlüsse (eigene – fremde Mittel), Festlegung von Preisen und Löhnen, sonstige wichtige Entscheidungen finanzieller Art sowie Einhaltung der gesetzlichen Kapitalschutzmassnahmen.
51 A.M. zu Recht v. Steiger, Verantwortlichkeit, 266 ff. in Besprechung des Royaltex-Falles.

– Bezüglich der materiellen Aufgaben muss der Verwaltungsrat nach Vischer – da ihm die "Festlegung der Geschäftspolitik" und die Entscheide über "grundsätzliche Fragen unternehmerischer Belange" zukommen – auch "über die grundsätzlichen finanziellen Fragen selbst befinden"[52,53].

Hinsichtlich des Personalsektors[54] stimmt Vischer mit der Doktrin überein, die die oberste Überwachungspflicht als nicht delegierbar bezeichnet. Als Voraussetzung zur richtigen Erfüllung dieser Pflicht nennt er die regelmässige Information über die Tätigkeit der Delegierten und Beauftragten[55].
Zu den nicht delegierbaren "Befugnissen" gemäss gesetzlichen Spezialbestimmungen[56] endlich zählt er etwa die Anzeigepflicht nach OR 725 oder das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen und die Abfassung eines vollständigen und wahrheitsgetreuen Geschäftsberichtes.

– *Hirsch*[57] geht vom Bestehen genereller Organisationsprinzipien der AG als Angelpunkt für die Bestimmung der Delegationsgrenzen aus. Zu beachten sei – wie schon Holzach bemerkt –, dass der Delegierende darauf achte, delegierte Kompetenzen zurücknehmen zu können, sich m.a.W. ein Eingriffsrecht bzw. die Eingriffsmöglichkeit in Notsituationen (en temps utile) zu bewahren. Eine Anzahl von Verwaltungsaufgaben bezeichnet er sodann als undelegierbar[58].
Generell beurteile sich die Zulässigkeit der Delegation nach der in Frage stehenden Gesellschaft, deren Tätigkeitsfeld, der Qualität der betrauten Personen, der Wichtigkeit der der Verwaltung verbleibenden Kompetenzen usw.: Die für die Gesellschaft entscheidenden Beschlüsse müssten jedoch von der Verwaltung gefällt werden. Praktisch handle es sich hauptsächlich um die Frage des Masses der Aufsichtspflicht.

52 Vischer, a.a.O., 354.
53 Eine haftungsmässige Entlastung bei "Beratung und Hilfe durch Fachleute" in schwierigen Entscheidungssituationen lehnt Vischer (a.a.O., 355) ab. Ein Standpunkt, der in dieser Loslösung von der konkreten Situation eingenommen, zu hinterfragen ist.
54 Vischer, a.a.O., 355.
55 Erstaunlicherweise stimmt Vischer der in der Literatur zu Recht vertretenen Meinung (vgl. Vischer, a.a.O., 357 in Anm. 28) zu, dass sich der Verwaltungsrat auf die Richtigkeit der erteilten Information grundsätzlich verlassen darf und deshalb auch von jeder potentiellen Haftung befreit wird. Die unterschiedliche Beurteilung dieser und der Situation, in der sich ein Verwaltungsrat in einer komplexen Beurteilungssituation der Unternehmensfinanzen von einem Spezialisten beraten lässt, scheint mir nicht gerechtfertigt.
56 Vischer, a.a.O., 357 f.
57 258 ff.
58 Beispielsweise die interne Organisation des Verwaltungsrates, die Einberufung der Generalversammlung, der formelle Entscheid über die Bilanz, das Abberufungsrecht nach OR 726 usw.

– Für *Bär*[59] sind neben den "Geschäften des korporativen Lebens im engeren Sinne"[60] all jene Entschlüsse undelegierbar, "die sinnvollerweise vom gewählten Aktionärsausschuss als *Kollektiv* gründlich überdacht werden müssen, weil sie ein *Programm* schaffen und langfristig präjudizieren"[61].
Hinzu kommen die drei "Aufsichtsfunktionen", wobei die Betonung v.a. auf eine in vernünftigem Rahmen auszuübende Überwachung zu legen sei[62]. Im Bereich des Delegierbaren ist nach Bär Hauptaufgabe des Verwaltungsrates einer GrossAG, eine geeignete Organisation zu schaffen und deren Effizienz zu kontrollieren.

– *Forstmoser/Meier-Hayoz*[63] halten in Anlehnung an Vischer[64] die Abgrenzung von delegierbaren und undelegierbaren Aufgaben nach einem *funktionellen* Kriterium für geeignet: Danach habe der Verwaltungsrat die *eigentliche Geschäftspolitik* festzulegen und selbst alle Einzelfragen, die die Existenz des Unternehmens betreffen, zu entscheiden. Weiter oblägen ihm alle *"wesentlichen finanz- und personalpolitischen Entscheide und Kontrollen"*.
Formal zwingend verblieben nur sehr wenige absolut nicht delegierbare Kompetenzen, so diejenigen aus OR 725, 726, 724 und HRV 22.

c) *Kritik*

aa) *Grundsätzliche Zustimmung zu den besprochenen Ansätzen:* Richtig an all diesen Darstellungen ist grundsätzlich zweifellos die Erkenntnis, dass Entscheidungen, die die Existenz der Gesellschaft betreffen, die m.a.W. die Rahmenbedingungen festlegen, in welchen das Unternehmen zu operieren hat, zu den absolut undelegierbaren Aufgaben gehören.

bb) *Zwei Bedenken:* Zu beachten sind jedoch vorerst zwei Dinge:

– Wird der Rahmen der Delegierbarkeit wie in den erwähnten Darstellungen gesteckt, ist auch gleich und ausschliesslich der Bezug zu mehr oder minder grossen Unternehmensverhältnissen hergestellt. Die Grenzen der Delegierbarkeit können sich jedoch m.E. nicht ausschliesslich aus der gedanklichen Ausrichtung auf absolute, den Kern der aktienrechtlichen Organisation abdeckende Schranken

59 Verantwortlichkeit, 486 f.

60 Bär, a.a.O., 486: "materielle und zum Teil formelle Vorbereitung der Generalversammlung, einschliesslich aller Anträge und des Jahresabschlusses, Initiative zur Beschlussausführung oder zur Anfechtung".

61 Bär, a.a.O., 486: "Finanzierungs-, Erweiterungsprogramme, Sortimentsentscheide, Beschäftigungs-, Public-Relations-Politik, Unternehmensorganisation". "Dafür hat die Generalversammlung gegebenenfalls eine mehrköpfige Verwaltung mit Fähigkeiten und Erfahrungen verschiedener Dimensionen gewählt ..."

62 Bär, a.a.O., 487: Bestehen auf "häufigen periodischen Berichten", deren kritische Prüfung, ergänzende und vertiefende Anfragen, Beizug von Sachverständigen.

63 Aktienrecht, 180.

64 Vgl. Vischer, vorne nach Anm. 46.

ergeben. Zu berücksichtigen ist allemal, dass die Grenzen der Delegation je nach Grösse der Unternehmung, Branche, Organisationsform, Fachkundigkeit des Verwaltungsrates enger oder weiter zu ziehen sind[65]. Anders ergäben sich zu starre Lösungen, die einer abstrakten und damit auf die praktischen Bedürfnisse und die gesetzliche Elastizität wenig Rücksicht nehmenden Zuordnung im Gesetz erwähnter Aufgaben wiederum Tür und Tor öffnete[66].

– Sodann muss beachtet werden, dass die dargestellten Ansätze zur Bestimmung der zulässigen Delegation auf der Annahme von funktionalen Organisationen (Linienorganisationen) basiert; eine Annahme, die von der betriebswirtschaftlichen Praxis längst überholt worden ist und deshalb nur noch teilweise zu richtigen Ergebnissen führen kann[67].

Im nachfolgenden § 3 soll u.a. deshalb versucht werden, die Delegation vom Standpunkt der Organisations- und Führungsproblematik her zu betrachten.

cc) *Ist "Verwaltungsmaterie" zwangsläufig Verwaltungsratsaufgabe?* Noch besteht die Tendenz, von der Erwähnung von "Verwaltungsmaterie" im Gesetz auf eine zwingende Zuordnung dieser Aufgaben an den Verwaltungsrat zu schliessen[68]. Dabei wird übersehen, dass im Gesetz recht selten der Imperativ zur Initiierung einer zwingenden Zuordnung benutzt wird und dort, wo er benutzt wird, dies in der neueren Lehre noch keineswegs überall als Grund für eine zwingende Zuordnung gesehen wurde. Sowohl ein Imperativ als auch die Zuordnung einer Aufgabe zum Verantwortungsbereich der Verwaltung sind nicht mehr als Indizien für deren Zuständigkeit. Als Beispiel diene OR 722:

Die beiden ersten Absätze sind imperativ formuliert; die Frage der Delegierbarkeit der Vorbereitung der Geschäfte der Generalversammlung jedoch wird neuerdings m.E. zu Recht positiv beantwortet[69].

Abs. III bezeichnet die Verwaltung im Gegensatz dazu lediglich für *verantwortlich*, dass z.B. die "Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nach den gesetzlichen Vorschriften *aufgestellt werden*". Von einer direkten Beteiligung der Ver-

65 Dies mag Spiro (5) im Auge gehabt haben mit der Formulierung, dass sich die notwendigen Grenzen auch nach allen legitimen Interessen auszurichten hätten.

66 Als extremes Beispiel diene die vorne nach Anm. 50 angeführte zwingende Zuordnung der Aufstellung von Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung an den Verwaltungsrat durch Vischer. Eine Zuordnung, die sich keineswegs aus OR 714 bzw. OR 722 II und III ergibt; ganz im Gegenteil weisen gerade diese Bestimmungen auf eine Delegation an Ausschüsse bzw. an die Geschäftsleitung hin.

67 Andeutungsweise Bär, Verantwortlichkeit, 487; für diese Entwicklung und deren Auswirkungen im deutschen Recht: Schwark 207. So sollen just um die Zeit des Inkrafttretens des revidierten AktG 1965 die grossen deutschen AG begonnen haben, sich von der funktionalen Organisation, worauf sich das Gesetz ausrichtet, auf Spartenorganisation umzustellen.

68 Vgl. etwa Meyer 25 ff.; Vischer, Grenzen der Delegation, 353; Hirsch 259: convocation d'une assemblée générale. Zuzustimmen ist hier höchstens bezüglich der ausserordentlichen Generalversammlung.

69 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 179/180.

waltung, wie sie von Vischer[70] verlangt wird, kann nicht die Rede sein, und doch behält die Bestimmung – entgegen Vischer's Meinung – ihren Sinn: Sie verpflichtet die Verwaltung, eine sowohl in ablauftechnischer als auch in personeller Hinsicht geeignete Organisation zur Verfügung zu stellen, die fähig ist, diese und ähnliche Aufgaben mit der in der konkreten Situation erforderlichen Sorgfalt zu lösen.

dd) *Rückruf und Aufsicht:* Die Zulässigkeit der Delegation endlich von der Möglichkeit abhängig zu machen, die delegierten Aufgaben wieder an sich ziehen, Auskunft von den betrauten Personen verlangen und verbindliche Weisungen erteilen zu können[71], ist als Kriterium zur Bestimmung der Delegationsgrenzen kaum tauglich: Denn jede Delegation zieht die Pflicht nach sich, die Delegierten zu beaufsichtigen und ihnen konsequenterweise auch verbindliche Weisungen zu erteilen, sofern vonnöten. Diese beiden Pflichten sind somit Bestandteil und nicht Voraussetzungen einer jeden Delegation. Die Möglichkeit, die delegierten Aufgaben wieder an sich zu ziehen, ist deshalb abzulehnen, weil dieser "Rückruf" von Aufgaben ebenso Ausdruck des richtigen Delegationsverständnisses bzw. Teil jeder Delegation ist. Allerdings kann er m.E. nur in kleinen Verhältnissen von Erfolg gesegnet sein. Ansonsten ist er sinnlos und gefährlich! Delegation erfolgt vom Generalisten an den Spezialisten. Jede sorgfältige Geschäftsführung lässt deshalb die Hände von derartigen Schachzügen, da derjenige, welcher eine Aufgabe an sich ziehen würde, kaum besser in der Lage wäre, die zurückgerufene Aufgabe zu lösen. Taugliche Eingriffsmittel sind dagegen eine straffe Aufsicht, der Gebrauch des Weisungsrechts im Rahmen der Aufsichtspflicht, rollende Überprüfung der Organisation sowie Entlassung bzw. Abberufung, Einstellung und Ersetzung der Fehlbaren und – in letzter Konsequenz – Anstrengung der Verantwortlichkeitsklage.

d) *Sorgfaltspflicht als Kriterium für die Bestimmung der Grenzen der Delegation:* OR 722 I verpflichtet die Verwaltung zur sorgfältigen Leitung der Geschäfte der Gesellschaft. Das Wort Leitung deutet auf die Pflicht der Spitze einer hierarchischen Organisation hin, die richtungweisenden Entscheidungen zu treffen und eine darauf ausgerichtete Organisation zu schaffen. Im Konnex der Sorgfaltspflicht mit der Leitungspflicht liegt somit schon eine gesetzliche Bestimmung der absoluten Grenzen erlaubter Delegation: Sorgfältig leiten kann nur, wer die Zügel in der Hand hält. Je nach Grösse des in Frage stehenden Unternehmens kann Leitung auch eigenes Tätigwerden im Rahmen des "day-to-day business" bedeuten. Insoweit ist Bürgi's Bemerkung zuzustimmen, wonach sich die Sorgfaltspflicht "nach den vorliegenden *konkreten Aufgaben* der Verwaltung" richtet, "die ihrerseits vom Zweck und dem Umfang der Gesellschaft und ihrer Organisation bestimmt werden"[72].

70 Grenzen der Delegation, 354.

71 Vgl. Holzach 17; Hirsch 259; zustimmend dem Kern der Sache nach Vischer, Grenzen der Delegation, 350 (vgl. aber dessen Kritik: "... zu wenig konkret, um eine klare Kompetenzausscheidung vorzunehmen").

72 Zu OR 722 N 4.

Ich möchte jedoch die Bedeutung der Sorgfaltspflicht i.S. der ersten Auslegung etwas weiter fassen und die Führung und Organisation eines Unternehmens und damit auch die Bestimmung der Grenzen der Delegation als Konkretisierung der in OR 722 I statuierten Sorgfaltspflicht verstanden wissen: Die vom Gesetz gestellte Aufgabe ist ein Optimierungsproblem: Wie ist ein spezifisches Unternehmen in einer spezifischen Umwelt mit den zur Verfügung stehenden finanziellen, technischen und personellen Mitteln gemäss den neuesten, auf das in Frage stehende Unternehmen angepassten wissenschaftlichen Führungs-, Organisations- und Sacherkenntnissen optimal, d.h. in einer der objektivierten Sorgfaltspflicht entsprechenden Weise, zu leiten? Das "Recht zur Delegation wandelt sich deshalb", wie Lanz schreibt[73], je nach den konkreten Verhältnissen "zur Pflicht zur Delegation", und es sind diese konkreten Verhältnisse für die Grenzen der Delegation bestimmend. Um den Kreis zu schliessen, könnte man deshalb noch einen Schritt weitergehen und sagen, dass es die in OR 722 I geforderte Sorgfaltspflicht ist, die die Grenzen erlaubter Delegation festlegt.

Derart allgemeine Massstäbe bergen natürlich die Tücke in sich, nur relative Resultate zuzulassen. Die Gefahr solch "offener Wertungen" ist jedoch in Kauf zu nehmen, hat sich die Praxis doch am einzelnen Fall und damit an den konkreten Umständen und nicht an festgefügten Auslegungsmodellen zu orientieren.

III. Wirkung der Delegation

1. Herrschende Meinung

Abschliessend gehe ich noch kurz auf die haftpflichtrechtlichen Wirkungen der Delegation ein.

Ausgangspunkt bei der Delegation ist der Gedanke, dass die zu bewältigenden Lasten auf mehrere Schultern zu verteilen sind, sobald die bestehenden Aufgaben vom einzelnen nicht mehr im Einklang mit der in OR 722 I geforderten Sorgfalt erfüllt werden können. Sodann hat der Delegierende mit der gleichen Sorgfalt Anordnungen zu treffen, die eine solche Entlastung bewerkstelligen.

Die Delegation, sofern erlaubt, bewirkt nach herrschender Auffassung[74] entsprechend der Entlastung von eigenem Tätigwerden eine Beschränkung der Haftung

73 189.

74 Vgl. Hirsch 260 ff.; Vischer, Grenzen der Delegation, 266; ders., Verantwortung, 78; Bär, Verantwortlichkeit, 485; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 180; Bürgi/Nordmann zu OR 753/754 N 79 ff. Diese Haftungseinschränkung hat auch für die Delegation an Ausschüsse zu gelten: "Das notwendige Korrelat zu pflichtgemässem Ermessen entsprechenden Delegationen bildet eine Einschränkung der Verantwortlichkeit"': so Zimmermann 30. "Der praktische Wert einer Delegation bestimmt sich allein nach der Art und Weise der Haftungsbefreiung für den Delegierenden": so Holzach 74. Etwas unklar Forstmoser, St. Galler Seminar, 48; ders., Verantwortlichkeit, 69.

auf die Verantwortlichkeit für cura in eligendo, instruendo et custodiendo bezüglich der betrauten Personen. Die Begründung hiefür ergebe sich aus analoger Anwendung von OR 399 I und II und der Unübertragbarkeit der Überwachungspflicht gemäss OR 722 II[75].

2. Kritik

Die auftragsrechtliche Regelung für die Haftung bei erlaubter Substitution[76] erscheint mir hinsichtlich der Haftungsfolgen bei der aktienrechtlichen Delegation nur beschränkt anwendbar. Im Auftragsrecht wird der Spezialist zum Tätigwerden verpflichtet, der die nötigen Qualifikationen zur Auswahl und Instruktion eines Substituten zu besitzen hat; dies ist aber auch bei versiertesten Mitgliedern von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nicht grundsätzlich, sondern nur bezüglich ihrer beruflichen Spezialgebiete der Fall. Es dürfte unbestritten sein, dass auch in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen grösster Gesellschaften nicht Leute sitzen, die praktisch Inkarnationen von ins 20. Jahrhundert versetzten "uomini universali" repräsentieren. Zu erinnern ist daran, dass die Delegation meist bzw. mit zunehmender hierarchischer Stufe in erhöhtem Masse vom Generalisten zum Spezialisten erfolgt. Bei allen drei curae kann es sich deshalb lediglich darum handeln, dass die Verantwortlichen eine Organisation in funktioneller, institutioneller und personeller Hinsicht errichten müssen, die es erlaubt, die sorgfältige Erledigung von Auswahl, Instruktion und Kontrolle zu gewährleisten[77].

Jede Delegation muss m.a.W. dann entlasten, wenn taugliche Auswahlmechanismen bereitstehen, à jour geführte Reglemente bezüglich Einführung, Aus- und Weiterbildung bestehen und eine periodische, kritisch ausgeführte Endkontrolle durch die delegierende Instanz erfolgt[78].

75 Vgl. Vischer, Grenzen der Delegation, 366.
76 OR 399 II.
77 Gl.M. Lanz 187. A.M. wohl Vischer, Grenzen der Delegation, 366 f.: Die organisatorische Regelung lässt er nur bei der Instruktionspflicht gelten. Das bezüglich Instruktion eventuell bestehende Manko an Sachkenntnis lässt sich seiner Meinung nach mittels organisatorischer Massnahmen ausgleichen, ist aber – sinnwidrigerweise – Grund für seine Bejahung der Haftung bezüglich der Überwachung; vgl. auch den dortigen Beleg in Anm. 76.
78 Vgl. Hirsch 261.

§ 3 Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Lichte der betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten

I. Einleitende Bemerkungen

"Not measures, but men!"[1] Ich stelle diesen Ausspruch an den Anfang der folgenden Betrachtungen über die betriebswirtschaftlichen Implikationen bezüglich des Verantwortlichkeitsrechts, weil – in grober Vereinfachung zwar, aber immerhin – sich alle Verantwortlichkeits-, Führungs- und Organisationsfragen zurückführen lassen auf das Problem "Mensch".

Bei der Erarbeitung der verantwortlichkeitsrechtlichen Probleme habe ich den Eindruck gewonnen, dass die Güte des gewählten Organisations- und Führungssystems recht eigentlich nicht von der Durchdachtheit des Systems, sondern überwiegend von der menschlichen, aber auch fachlichen Güte derjenigen abhängt, die es in der Praxis verwirklichen, dass Verantwortlichkeit bzw. Verantwortung auch weniger mit der Prävention dienenden Gesetzesbestimmungen zusammenhängt als vielmehr mit Berufsethos[2].

Dieser Eindruck ist im Laufe der betriebswirtschaftlichen Lektüre zur Gewissheit geworden.

Allgemeingültig kann nur gesagt werden zum einen, dass die Betriebswirtschaftslehre bis heute verschiedene Modelle und Methoden aufgezeigt und entwickelt hat[3], die alle ihre Vor- und Nachteile haben und die allen Ernstes nicht in eine objektive Wertungstabelle eingereiht werden können. Wohl aber zeichnen sich die einen in der konkreten Anwendung gemäss den speziellen Bedingungen vor den anderen aus. Zum andern ist daran zu erinnern, dass auch das am besten auf die Bedürfnisse einer Unternehmung zu einer bestimmten Zeit abgestimmte System zum schlechten System wird, wenn die zuständigen Leute es über weite Perioden hinweg unkontrolliert als das alleinseligmachende System ansehen[4]. Die heutige Zeit ist durch eine derart rasante Entwicklung in allen Lebensbereichen gekennzeichnet[5], dass jede Unternehmung, die am Markt bleiben und ihre Stellung zumindest halten, wenn nicht sogar verbessern will, gut daran tut, dem Problem "Verwaltung" im betriebswirtschaftlichen Sinne die gehörige Aufmerksamkeit zu schenken.

1 Zitat bei v. Steiger, SAG 12 (1939) 54.
2 Vgl. etwa McDonald 67.
3 Vgl. dazu beispielsweise Hill/Fehlbaum/Ulrich; Rühli, Unternehmensführung; Bleicher, Perspektiven.
4 Bleicher, Perspektiven, 64; Morse/Lorsch 61: "An effective organization must be designed to fit its task and its people, not to satisfy some universal theory."
5 Vgl. Bleicher, Perspektiven, 5 f.; Hill 226.

II. Ausgangssituation und Zielbestimmung der Unternehmung

1. Der statutarische Unternehmens- bzw. Gesellschaftszweck

a) *Zur Gesetzesterminologie:* Wie schon bei anderer Gelegenheit angedeutet, lässt es der Gesetzgeber oft an Einheitlichkeit hinsichtlich der verwendeten Begriffe fehlen. So ist "Zweck" gemäss OR 620 III als Ausdruck der Gründer zu verstehen, mittels des von der AG betriebenen Unternehmens einen geldwerten Vorteil zu erwirtschaften. Zweck in diesem Sinne ist somit die Gewinnerzielung bzw. die Gewinnstrebigkeit und mit Forstmoser/Meier-Hayoz[6] als Endzweck zu verstehen. "Zweck" im Sinne von OR 626 Ziff. 2 muss hingegen als das zu begreifen sein, "was die Gesellschaft zu tun und erreichen beabsichtigt"[7].

b) *Gesellschaftszweck als Angelpunkt der Interessen und Kreis der Interessenten:* Sowohl der "ungeschriebene Endzweck jeder wirtschaftlichen AG"[8], die Gewinnerzielung, als auch der in den Statuten festgehaltene Zweck befinden sich im Brennpunkt des Interesses der mit einer GrossAG in irgendeiner Weise in Berührung stehenden Parteien. Zu nennen sind die Aktionäre, als relativer Gegensatz dazu Verwaltung und Geschäftsführung, die Angestellten und Arbeiter, als weiter direkt Betroffene die Schuldner und Gläubiger der AG und letzterdings – ganz allgemein – das soziale Umfeld, in welchem die AG ihr Unternehmen betreibt: der Staat.

c) *Art und Zeitpunkt der Einflussnahme:* In der Gründungssituation ist für die Inhalte von Endzweck wie statutarischem Zweck ausschliesslich bestimmender Faktor die Gesamtheit der an der Gründung beteiligten Personen (Gründer i.e.S. und "blosse" Zeichner) anlässlich des Gründungsvorganges[9].

Mit zunehmender Grösse der Gesellschaft, ihrer Ausdehnung über die Grenzen von Ländern und Kontinenten hinweg, gewinnen die weiteren, oben angeführten Parteien Einfluss auf die Bestimmung sowohl des statutarischen als auch des Endzwecks bzw. auf die Art, wie dieser zu erreichen ist[10].

Einzige gesellschaftliche Institution, die all diesen möglichen Stossrichtungen berechtigter Interessen entgegentreten bzw. deren Einflüsse kanalisieren und koordinieren und damit in den unternehmerischen Handlungsablauf einfliessen lassen kann, ist die von Sachkunde und Stellung her alleinig kompetente Verwaltung, d.h. das Top-Management und der Verwaltungsrat[11]. Staehelin[12] bezeichnet die Unter-

6 Aktienrecht, 127/128 N 20; Schluep 174/175.
7 v. Steiger, Aktiengesellschaft, 48: z.B. Bankgeschäfte aller Art.
8 Schluep 174.
9 OR 634: die konstituierende GV bei der Sukzessivgründung
OR 638: der Errichtungsakt bei der Simultangründung
10 Vgl. zur Problematik allgemein Stone, Tschäni.
11 Staehelin 260; vgl. auch Ulrich/Fluri 63.
12 Staehelin, a.a.O.

nehmensleitung demgemäss denn auch geradezu als "Treuhänder der Wirtschaft". So gesehen kann die unternehmerische Marschrichtung zumindest bei der GrossAG nicht als Resultante der Abwägung zwischen Minderheits- und Mehrheitsinteressen aufgefasst werden[13]. Vielmehr bilden die Aktionärsinteressen nur einen, wenn auch nicht unwesentlichen Aspekt auf der Wertungspalette eines Wirtschaftsführers beim Entscheid der Frage nach der einzuschlagenden Richtung[14].

d) *Die gesetzliche Gedankenstütze:* In gewisser Weise besteht eine gesetzliche Vorgabe bezüglich des Inhalts der gesellschaftlichen Zwecke. Im Bereich der Reserveäufnung[15] spricht das Gesetz vom "Durchhalten des Unternehmens in schlechten Zeiten" und von "dauerndem Gedeihen des Unternehmens". Wenngleich nicht im entferntesten als soziale Institution[16] konzipiert, bekommt eine Einrichtung, die wie die AG auf eine lange Lebensdauer angelegt ist, einen sozialen Charakter[17], weil sie mit der Dauer ihre Präsenz zum integrierenden Bestandteil ihrer Umwelt wird. Aus diesem Grunde muss der Faktor Zeit[18] in diesem Sinne immer ein Grundpfeiler jeder unternehmerischen Endzweckformulierung sein. Dieser Gedanke hat denn auch bei den Ökonomen unter Beizug der konkreten Umstände vom euphorischen Gewinnmaximierungsdenken zum realistischen Gewinnoptimierungsdenken geführt.

2. Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik

a) *Unternehmensführung:* Wer dem Problem "Führung" nachhängt und dessen kardinalen Inhalt zu ergründen sucht, orientiert sich mit Vorteil an einem anschaulichen Beispiel. Zu denken ist etwa an die Aufgabe eines Bergführers: Er bestimmt das Ziel, die einzusetzenden Mittel, das Anforderungspotential der Geführten; dies alles im Bewusstsein, dass alle drei Punkte in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander und zu einer komplexen Umwelt stehen. Diese, wenn auch grob gezeichnete Problemstruktur erscheint auch in der Unternehmensführung. So umschreiben Ulrich/Fluri Organisation und Führung als "Leitungsfunktionen, mit deren Hilfe das Verhalten der Systemmitglieder so strukturiert und koordiniert wird, dass die in der Unternehmenspolitik umrissenen und in der Planung konkretisierten Ziele und Massnahmen realisiert werden können"[19]. Ausgangspunkt jeglicher Führung ist demzufolge – aufbauend auf den Erfahrungen der älteren und jüngeren Vergangenheit –

13 Vgl. zur Kontroverse: Schluep 137 ff., in einer komplexen Replik auf Bär, in: ZBJV 91 (1959) 369 ff.
14 Ähnlich, wie mir scheint, auch Schluep 144; Mestmäcker 11, 34 ff.
15 Vgl. OR 663 II, 671 III, 674 II.
16 Der Begriff "sozial" wird hier als Gegensatz zu kapitalistisch verstanden.
17 Ähnlich Hofmann 17.
18 Vgl. Rühli, Beiträge, 106.
19 Ulrich/Fluri 131.

die Zielformulierung[20] für die nähere und weitere Zukunft. Es ist leicht einsehbar, dass mit dem Einbezug des gesamten Spektrums von kurzfristiger bis zu langfristiger Zielbestimmung quantitativ und qualitativ verschiedene Ziele angesprochen werden: das durch Disposition der zur Verfügung stehenden Mittel kurz vor der Erreichung sich befindliche konkrete Teilziel einer Abteilung oder gar des Gesamtunternehmens ebenso wie das sich mit zunehmendem Einfluss des Faktors Zeit abstrakter ausnehmende Unternehmensziel. Das letztere Ziel erfährt seine qualitative und quantitative Ausprägung in der Formulierung von Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik.

b) *Ausrichtung der Unternehmensführung auf Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik:* Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik sind Instrumente der Führung und als solche Teilaspekte des Führungsbegriffes[21], allerdings nicht irgendwelche Teilaspekte, sondern, wie oben dargestellt, die wesentlichen, die richtungweisenden Elemente, nach denen sich die gesamte Führung funktional, instrumental und institutional auszurichten hat.

c) *Die Unternehmensphilosophie:* Mit dem Autorenteam Ulrich/Fluri[22] ist die Unternehmensphilosophie als "Wertsystem" zu begreifen, das die Art und Weise erfasst, "wie man die Stellung und Funktion der Unternehmung in Gesellschaft und Wirtschaft und ihr Verhältnis gegenüber dem Individuum sieht". Dementsprechend umfasst die Unternehmensphilosophie drei Komponenten:

"– ein Menschenbild
– ein Bild von der Gesellschaft (und Wirtschaft)
– ein Bild von der Unternehmung (Unternehmensleitbild)"[23].

Sinn und Zweck der schriftlichen Erfassung eines solchen Wertsystems ist es, eine "Grundlage für die Festlegung der Unternehmenspolitik" zu schaffen und damit gleichzeitig sowohl eine Orientierungshilfe für die Mitarbeiter über Grundsätze und Ziele der Unternehmung als auch ein PR-Instrument in Händen zu haben[24].

Zwar wird in der Literatur auf die grosse Gefahr hingewiesen, dass bei derartigen Formulierungen oft nicht mehr herausschaue als "schöngeistige Makulatur"[25], dass sie nichts weiter als Lippenbekenntnisse enthielten, doch wird allein durch diese

20 Ulrich/Fluri 37: "Unternehmensleitung als Funktion besteht darin, die Ziele, die Struktur und das Verhalten des Systems Unternehmung zu bestimmen." Buth 13 unten; Leumann 10 f. Ausführlich zum Führungsbegriff: Rühli, Unternehmensführung, 13 ff.

21 Vgl. Rühli, Unternehmensführung, 27: "Unter Führung verstehen wir die Gesamtheit der Institutionen, Prozesse und Instrumente, welche im Rahmen der Problemlösung durch eine Personengemeinschaft (...) der Willensbildung (Planung und Entscheidung) und der Willensdurchsetzung (Anordnung und Kontrolle) dient."

22 49 ff.

23 So Ulrich/Fluri 49.

24 So Ulrich/Fluri 50; vgl. auch Moeller (60 ff.) über einen "code of ethics".

25 Vgl. Ulrich/Fluri 50; Wistinghausen 61 ff.

entwertende Erfahrung dieses Instrument noch nicht leichtgewichtig. Ernsthaft eingesetzt, erscheint mir das ausformulierte Unternehmenscredo als unersetzliche Entscheidungshilfe für das Top-Management, indem es in der Entscheidungssituation neben den Sachargumenten der Spezialisten einen weiteren, objektiveren Beurteilungsmassstab zur Verfügung hat und sich damit nicht in vollkommener Abhängigkeit von Spezialisten befindet[26]. Sodann zwingt eine derartige Festlegung der eigenen Wertvorstellungen zur Eigenkontrolle und des weiteren zu steter Überprüfung der gewählten Marschrichtung.

d) *Die Unternehmenspolitik:* Mit "Unternehmenspolitik" bezeichnet man "einerseits die konkreten, schriftlich formulierten Leitlinien und Ziele der Unternehmensleitung und andererseits das politische Handeln selbst"[27].

Die Unternehmenspolitik kann demzufolge – unter Berücksichtigung der In-system- und Umsystemeinflüsse – als Konkretisierung der Unternehmensphilosophie verstanden werden. Sie beinhaltet Grundsatzentscheidungen über Grundzweck[28], betriebswirtschaftliche Ziele und Verhaltensgrundsätze[29]. Wenngleich bisweilen noch andere Elemente in die Begriffsbestimmung Eingang finden[30], so darf die angeführte Formulierung doch als allgemein anerkannt gelten. Der relativen Vollständigkeit halber sei gleichwohl noch die Definition Rühli's angeführt: "Die Unternehmenspolitik umfasst (...) jene Gesamtheit von Problemen (Aufgaben), die gelöst werden muss, wenn das Verhalten der Gesamtunternehmung bestimmt wird"[31].

3. Das Verhältnis von Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik zum Gesellschaftszweck[32]

Aus den obigen Darstellungen erhellt, dass sich die genannten Grössen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis befinden. Zwar haben sich die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen bei ihren Handlungen an den vom Gesellschafts-

26 Vgl. Ulrich/Fluri 51.
27 So Ulrich/Fluri 49.
28 Der Grundzweck der Unternehmung besteht in der Leistungserstellung und bildet damit die zentrale Voraussetzung für die Gewinnstrebigkeit. Er kann in diesem Sinne gleichgestellt werden mit dem gesellschaftsrechtlichen Begriff des Endzwecks: vgl. dazu vorne bei Anm. 6. Zur betriebswirtschaftlichen Unterscheidung von Ziel und Zweck: Hill 225/235.
29 Vgl. Ulrich/Fluri 65 f.; Hill, Unternehmensplanung, 26.
30 Vgl. Sandig bei Rühli, Unternehmensführung, 31, der zur Unternehmenspolitik auch die Bestimmung der für die Erreichung und Durchsetzung der gesteckten Ziele notwendigen Mittel rechnet.
31 Unternehmensführung, 33.
32 Hinsichtlich der an der Formulierung von Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik interessierten und einflussnehmenden Parteien kann auf die Bemerkungen vorne II. 1. b) und c) verwiesen werden; vgl. sodann Ulrich/Fluri 63 f.

zweck gesteckten Rahmen zu halten[33] bzw. dürfen gemäss der steten Praxis des Bundesgerichtes all jene Rechtshandlungen vornehmen, die durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind[34]; doch besteht von Gesetzes wegen jederzeit die Möglichkeit, "Gesellschaftszweck" und "Geschäftsbereich" veränderten wirtschaftlichen Tatsachen anzupassen[35].

III. Betriebswirtschaftliche Einflussfaktoren auf die Allokation von Entscheidungskompetenzen und damit von Verantwortlichkeit

1. Organisation und Führung

a) *Allgemeines:* Herrscht mit der Formulierung von Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik Klarheit bezüglich der unternehmerischen Ziele, stellt sich weiter die Frage nach der Art und Weise, in der diese Ziele anzustreben sind. Der Einsatz von Mensch und Material hat im Problemlösungsprozess auf diese Ziele hin in möglichst optimaler Weise zu erfolgen. Die bestehenden Aufgaben sind zu definieren, in Teilaufgaben aufzugliedern und zuzuteilen und die sich ergebenden Teillösungen wieder zu einem Ganzen zusammenzufügen. Anders formuliert, bedarf das Tätigwerden auf die gesteckten Ziele hin der Verhaltenssteuerung. Die Mittel bestehen in Organisation und Führung; zweier Instrumente, deren wesentlicher Unterschied in der Form der Einflussnahme auf die Systemmitglieder besteht[36].

Während der Einfluss einer Organisation[37] auf ihre Mitglieder mittels formalem, d.h. von den zuständigen Personen erlassenem, auf längere Zeit gültigem und daher schriftlich fixiertem Regelungssystem geschieht[38], basiert Führung auf dem – nicht nur, aber doch mehrheitlich – sachbezogenen Kontakt des Führers zum Geführten[39]:

33 Vgl. OR 718 I.
34 Vgl. beispielsweise BGE 96 II 444 f.
35 Vgl. OR 648/649.
36 Vgl. Ulrich/Fluri 131.
37 Hier sowohl institutional als auch instrumental zu verstehen.
38 Vgl. Ulrich/Fluri 131.
39 Zur weitergehenden Auseinandersetzung mit dem Führungsbegriff vgl. Rühli, Unternehmensführung, 16 ff., insbes. seine Definition 27; für unsere Zwecke soll Ulrich/Fluri's (131) Definition der Führung i.S. von Menschenführung genügen: "Führen heisst: persönliche Beeinflussung des Verhaltens eines anderen Individuums oder einer Gruppe in Richtung auf gemeinsame Ziele." Interessant in diesem Zusammenhang Krüger's Formulierung bei seiner Definition der Macht (127) als der "Möglichkeit von Personen(-gruppen) auf das (die) Handlungsfeld(er) anderer Personen(-gruppen) einzuwirken". Hier tut sich denn auch der Blick auf für die Abweichung informeller, d.h. effektiver Führungs-, Macht- und Entscheidungsstrukturen von den formellen, schriftlich fixierten. Ein Problem, dem, wie es scheint, nur mit der rechtsphilosophischen Frage nach dem Inhalt der Verantwortlichkeit bzw. deren "gerechter" Allokation beizukommen ist.

Seine Autorität, sei es, dass sie auf seiner Argumentation, seiner Ausstrahlung, oder sei es, dass sie auf seiner Sanktionsgewalt fusst[40], bestimmt die Gefolgschaft bei der Realisierung eines Zieles[41]. Zwar kann ein Unternehmen durch formale Regelung – sogenannte Führungsrichtlinien – versuchen, ein gewünschtes Führungsverhalten zu bewirken[42], doch ist Führung letztlich doch eine Frage von Charakter, Selbsterziehung und -kontrolle des Führers[43] und – nicht zuletzt – von dessen Einschätzung der Untergebenen[44].

b) *Verhältnis von Organisation und Führung:* Buth[45] definiert Unternehmensführung als "Inbegriff aller Aktivitäten, die den Tätigkeiten der im Unternehmen als Sozialgebilde zusammengefassten Menschen gemeinsame Ausrichtung und Sinn geben". Wie vorne (II.) festgehalten, werden mit dem Entscheid über die Unternehmensphilosophie und Unternehmenspolitik Richtung und Ziel der Unternehmensaktivitäten festgelegt. Diesem Entscheidungsprozess nachgeordnet sieht Buth[46] als zweite Funktion der Unternehmensführung die Organisation[47] und als dritte Funktion die Menschenführung als Problem der Durchsetzung von Entscheidungen wie auch der Aufsicht und Kontrolle[48].

Die Reihenfolge der Behandlung bei Buth ist jedoch nicht als hierarchische Ordnung zu verstehen, vielmehr besteht eine starke Abhängigkeit zwischen diesen beiden Führungsmitteln: Die Gewichtung erfolgt je nach Komplexität der unternehmerischen Aufgaben einerseits und dem gewählten Führungsstil andererseits. So rufen gut strukturierbare Aufgaben eher nach strenger organisatorischer Regelung und stellen nur eine beschränkte Einsatzmöglichkeit für die Idee der kooperativen Führung dar, während schlecht strukturierbare Aufgaben keine voraussehbaren Lösungen zulassen, dementsprechend organisatorisch schlecht erfassbar sind und damit auch ein ganz anderes menschliches Lösungspotential ansprechen: Initiative,

40 Ulrich/Fluri (131) unterscheiden im Einklang mit der Literatur die Fach-, Persönlichkeits- und Positionsautorität.

41 Dies., 131.

42 Was sich mit der Formulierung der Unternehmensphilosophie geradezu aufdrängt.

43 So scheint in der Praxis gerade die Sanktionsgewalt – auch bei kooperativer Führung – je nach Charakter der Vorgesetzten ein Faktor zu sein, der kein fruchtbares "Kritiksystem" (= Möglichkeit von Untergebenen, sich kritisch zu äussern) aufkommen lässt, sei dieses nun direkt bezogen auf die Führung (als Vorgesetztenspiegel beispielsweise) oder sei es ausgerichtet auf die Geschäftspolitik als latentem Konfliktherd zwischen Marktleuten und dem "Rückwärtigen"; Jakob 177, 185 ff.

44 Vgl. Morse/Lorsch's Darstellung (61 ff.) und kritische Betrachtungen zu McGregor's Theorie X und Theorie Y; dazu auch Rühli bei Kirsch 88 mit seinem Hinweis auf die Problematik, sich bei der Wahl des Führungsleitbildes exklusiv auf das eine oder andere Menschenbild festzulegen.

45 13.

46 14.

47 Als dauerhafte Zuordnung der sich aus der Zergliederung der Gesamtaufgabe ergebenden Teilaufgaben sowie der "räumlichen und zeitlichen Koordination der sich regelmässig wiederholenden Prozesse und Aktivitäten": so Buth 14 bzw. 15/16.

48 Buth 14.

Innovationsfähigkeit ist verlangt; ein autokratischer Führungsstil ist nicht am Platze[49].

Wenn im folgenden Führungsstile und Organisationsmodelle auf ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit bzw. ihren Einfluss auf die Allokation von Entscheidungskompetenzen untersucht werden, so geschieht dies ausschliesslich mit dem Ziel, die juristische Betrachtung mit einem Hinweis auf die komplexe betriebswirtschaftliche Problematik anzureichern. Zu diesem Zweck habe ich aus der Fülle der betriebswirtschaftlichen Literatur einige wenige Schriften ausgewählt, die mit ihren prägnanten Darstellungen der genannten Problemkreise diesem Vorhaben entgegenkommen. Ein Wort noch zu der gewählten Vorgehensweise: Wegen der vorne angesprochenen Interdependenzen von Organisation und Führung hängt der getrennten Behandlung etwas Zweifelhaftes an. Dies muss aber in Kauf genommen werden, da die Untersuchung losgelöst vom konkreten Beispiel und zudem nur punktuell erfolgt.

2. Führungsstile und Entscheidungskompetenzen

a) *Definition:* Unter Führungsstil ist die Art der gesamten den Führungsprozess beeinflussenden Handlungen als Ausdruck der Einstellung des Führenden zur Problemlösung und deren Trägern zu verstehen[50].

b) *Arten:* Buth[51] unterscheidet vier Gruppen:

- die autoritären Führungsstile (patriarchalischer, strikt-autoritärer, gemässigt-autoritärer Führungsstil)
- den bürokratischen Führungsstil
- den kooperativen Führungsstil
- den kollektiven Führungsstil[52].

49 Vgl. zum Problem: Bleicher, Perspektiven, 62; Morse/Lorsch 61 ff., die in einer interessanten Studie am Beispiel von je zwei Produktions- und Forschungs- und Entwicklungsgesellschaften den Zusammenhang zwischen dem Unternehmenserfolg und der organisatorischen Regelung nach Struktur der Aufgaben aufzeigten. So war die Produktionsgesellschaft mit straffer Regulierung jener mit larger Regulierung bzw. mit einem gewissen Mitspracherecht sowohl wirtschaftlich als auch bezüglich der Moral der Arbeitnehmer überlegen. Dasselbe Resultat zeitigte jenes Labor mit larger Regelung gegenüber demjenigen mit straffer Regelung. Allgemein zur Interdependenz von Organisation und Führung: Hill 226 f.

50 Ähnlich Buth 37. Bleicher, Perspektiven, 49, umschreibt den Führungsstil als "allgemeine, raum- und zeit-(epochen-)spezifische Art der Ausübung von Führungsfunktionen". In Abgrenzung zur Führungsform als personenspezifischer Auspragung des Führungsstils, ausgerichtet z.B. nach humanen Aspekten oder ökonomischen Aspekten (= Führungsformen nach Blake und Mouton): vgl. Bleicher, Perspektiven, 53 ff.; eine Unterscheidung, die in concreto wohl zu genaueren Resultaten führt, hier jedoch ohne Bedeutung ist.

51 38.

52 Buth 38.

c) *Autoritäre Führungsstile:*

aa) *Patriarchalischer Führungsstil:* Dieser Führungsstil ist darauf ausgerichtet, die am Führungsprozess Beteiligten – sowohl Führer als auch Geführte – in einer Totalität zu erfassen, die auch private Lebensbereiche, das persönliche Wohlergehen, die Verantwortung für Glück und Leid der Geführten, einschliesst[53]. Ein derartiger Führungsstil bringt es mit sich, dass – abstellend auf die unabdingbar engen persönlichen Beziehungen der Beteiligten – zwar gelegentlich auch grosse Entscheidungsfreiräume der Mitarbeiter bestehen können, deren Kompetenzen in der Hauptsache jedoch klar und eng definiert sind[54] bzw. nicht über Entscheidungen im Rahmen der Ausführung hinausgehen. Die Voraussetzung der lückenlosen und zumeist intensiven persönlichen Beziehungen beschränkt die volle Wirksamkeit dieses Führungsstils auf kleine Gruppen[55], was sein Vorkommen in grossen Verwaltungssystemen wenn nicht geradezu ausschliesst, so doch ziemlich einschränkt.

bb) *Strikt-autoritärer Führungsstil:* Die totale Erfassung des Menschen bei der patriarchalischen Führung wird hier ersetzt durch die "streng auf die Organisation begrenzte und ausschliesslich den Organisationszwecken dienende zeitweilige Unterordnung des Menschen"[56].

"Der Mensch", so schreibt Buth weiter, "setzt ganz spezifische Fähigkeiten für die Erledigung bestimmter Aufgaben ein und hat im übrigen allen Befehlen und Anordnungen seines Vorgesetzten unbedingten und uneingeschränkten Gehorsam zu leisten"[57]. Vorliegend ist ein Führungsstil, der die Geführten zu reinen Ausführungsorganen degradiert und ihnen somit keinen Entscheidungsspielraum belässt. Führungskompetenzen werden, wenn überhaupt, dann nur aus Entlastungsgründen delegiert, sind jedoch, wie Buth ausführt, selten präzise und schriftlich fixiert[58]. Weiter zu beachten ist, dass stete Eingriffe in die Arbeitsbereiche der Untergebenen an der Tagesordnung sind, da die Verantwortung auch für delegierte Aufgaben – in Abweichung vom Prinzip der Kongruenz von Kompetenz und Verantwortung – als beim Vorgesetzten liegend verstanden wird[59].

cc) *Gemässigt-autoritärer Führungsstil:* Im Unterschied zum strikt-autoritären Führungsstil wird der Vorgesetzte hier darauf bedacht sein, die Mitarbeit der Untergebenen aufzuwerten durch seine Umgangsformen (persönliche Anrede, Anordnung

53 Buth 38.
54 Dies ein Zeichen der bestehenden Abhängigkeit der Geführten; vgl. Buth 38. Sodann Bleicher, Perspektiven, 67 ff., der dieser Form zwar einen hohen Grad an Flexibilität und Entscheidungseffizienz zubilligt, aber auch auf die Nachteile solcher Entscheide hinweist, die zu personalistisch gefärbt und deshalb oft zu einseitig ausgerichtet sind.
55 So Buth 38.
56 So Buth 39.
57 39.
58 57.
59 57.

in Form der Bitte usw.) sowie durch die Begründung der Anordnung[60]. Diese Lockerung hat lediglich einen Einfluss auf Arbeitsklima und Arbeitsinteresse, dürfte jedoch kaum eine Erweiterung von Entscheidungskompetenzen und Verantwortlichkeit der Untergebenen mit sich bringen[61].

d) *Bürokratischer Führungsstil:* Der bürokratische Führungsstil ist personenunabhängig, d.h. die persönliche Autorität des Vorgesetzten wird durch die Autorität eines geschlossenen Systems von Regeln und Vorschriften ergänzt und überlagert[62]. Je nach der Dichte dieser Regelungen hat der einzelne Mitarbeiter einen grösseren oder kleineren Ermessensspielraum.

Die Betrachtung des bürokratischen Führungsstils gibt nicht primär Antwort auf die Frage, ob delegiert wird, sondern darauf, wofür eine Regelung besteht, wer zuständig ist, m.a.W. darauf, ob delegiert *worden* ist.

Der bürokratische Führungsstil ist deshalb eher als Führungselement anzusprechen, das in einem gewissen Umfange[63] für jede grössere Organisation unentbehrlich ist.

e) *Kooperativer Führungsstil:* "Dieser Führungsstil beruht auf dem Gedanken der Partnerschaft"[64]. Fachautorität und Persönlichkeitsautorität des Vorgesetzten treten an die Stelle der Kombination von (überwiegender) Positionsautorität und Persönlichkeitsautorität. Aus dieser Konstellation resultiert eine Aufwertung der Mitarbeiter in Form grösserer Selbständigkeit und erweiterter Entscheidungskompetenzen[65]. Dieser Stil erlaubt nicht nur die Delegation von Ausführungsaufgaben, im Gegenteil, es werden auch Planungs-, Entscheidungs- und Kontrollaufgaben übertragen[66].

f) *Kollektiver Führungsstil:* Finden die vorgängig besprochenen Führungsstile Anwendung in der hierarchischen Über- und Unterordnung, so ist der kollektive Führungsstil das absolute Gegenteil. Buth bezeichnet die kollektive Führung geradezu als führerlose Führung[67]; ein Führungsstil, der deshalb nur für kleine Gruppen von Spezialisten geeignet ist, sei es, dass es sich um ein Forschungsteam, sei es, dass es

60 Buth 40.
61 Vgl. auch Bleicher, Perspektiven, 50 f. in einer tabellarischen Gegenüberstellung von autokratischen und kooperativen Führungsstilen als Extrempositionen.
62 So Buth 41; oder wohl eher abgelöst, da Mitglieder bürokratischer Systeme dahin tendieren, ihr eigenverantwortliches Ermessen durch blosse Adaption abstrakter Lösungsvorgaben (Reglemente usw.) zu ersetzen.
63 Als Nachteile übertriebener Bürokratisierung seien erwähnt: Mangel an Flexibilität, hoher Materialaufwand, negative Motivation der Mitarbeiter und Förderung der Furcht vor Entscheidungen; so in etwa Buth 42.
64 Buth 42.
65 Buth 42.
66 Vgl. Bleicher, Perspektiven, 51.
67 43.

sich um das Kollegialorgan des Top-Managements handle[68]. Entscheidungskompetenzen kommen dem Teamganzen zu. Entscheidungen werden der Gleichrangigkeit der Mitglieder entsprechend mittels Stimmenmehrheit gefasst. Schwierig gestaltet sich – wenn sie nicht gar ausgeschlossen ist – die Zuordnung der Verantwortlichkeit. Der Entscheidungsspielraum ist je nach Stellung des Teams in der Hierarchie total[69] (so beim Top-Management) oder bemisst sich nach dem Umfang der Delegation (so beim Forschungsteam).

g) *Konkretisierung des kooperativen Führungsstils in "Management by"-Modellen:* Buth[70] bezeichnet "Management by Delegation" als das allgemeinste Prinzip kooperativer Führung. Damit ist der Charakter dieses Prinzips jedoch noch nicht genügend bestimmt. Vielmehr ist festzuhalten, dass Führung und Delegation Voraussetzung bzw. integrierender Bestandteil aller weiteren "Management by"-Prinzipien darstellt[71].

Das Wesen des "Management by Delegation" ergibt sich aus den folgenden fünf Punkten[72]:

- Übereinstimmung von zugewiesenem Sachbereich und dem entsprechenden Entscheidungsbereich
- Operationalität und Präzision in der vertikalen Kompetenzabgrenzung
- Übereinstimmung von Kompetenz und Verantwortung und dementsprechend Verantwortlichkeit
- Vorgesetztenunabhängigkeit der Zuständigkeit
- Verhinderung der Kompetenzüberschreitungen[73] und der Rückdelegation.

3. Organisationsmodelle und Entscheidung

a) *Einleitende Bemerkungen:* Im vorangegangenen Abschnitt 2 habe ich den Zusammenhang zwischen Führungsstil und Delegationsfreundlichkeit des resultierenden Systems aufgezeigt. Wenn ich im folgenden verschiedene Organisationssysteme betrachte, so geschieht dies aus verschiedenen Überlegungen:

68 Buth 43.
69 Bzw. lediglich durch gewisse rechtliche Schranken begrenzt.
70 56.
71 Als strikteste Ausprägung des "M by D" gilt das Harzburger Modell: vgl. Buth 59 ff. Eine weitere Variante stellt das "Management by Exception" dar, das im Unterschied zum Harzburger Modell die Bezeichnung der Grenzen der Delegation bis zu einem gewissen Masse ins Ermessen des Stelleninhabers stellt. Beim "Management by Objective", um ein weiteres Beispiel zu nennen, bildet das Zielsystem eine Bezugsgrösse für den Entscheidungsrahmen.
72 Buth 58 f.
73 Nicht zu verwechseln mit dem aus der Aufsichtspflicht erwachsenden Eingriffs- bzw. Weisungsrecht.

- Einmal ist die betriebswirtschaftliche Erkenntnis wiederzugeben, dass alternative Organisationsformen erweiterte Perspektiven bei der Problemlösung ermöglichen.
- Sodann soll aufmerksam gemacht werden auf das Problem der Inkongruenz von Fachkompetenz und Entscheidungskompetenz bei gewissen Organisationsformen; ein Problem, das für die Verantwortlichkeit recht brennende Fragen aufwirft und insbesondere die juristische Reduktion der Verantwortlichkeit bei Delegation auf die Haftung für cura in eligendo, instruendo et custodiendo als fragwürdig erscheinen lässt.
- Lust but not least ist zu erwähnen, dass gewisse Organisationsformen Subsysteme kreieren, die ihrer Sèlbständigkeit wegen die Delegationsgrenzen bis hin zur Formulierung der Unternehmenspolitik ausdehnen.

b) *Grundprinzipien der Unternehmensstrukturierung:*
aa) *Stellenbildung:* Wie schon mehrfach festgehalten, kann die Gesamtaufgabe der Unternehmung nicht als solche gelöst werden. Sie muss vielmehr in Teilaufgaben zergliedert und verschiedenen Aufgabenträgern zugewiesen werden. Diese Zuweisung hat nach einem Ordnungsprinzip zu geschehen, nach welchem gleichartige Teilaufgaben entweder zusammengefasst (= Zentralisation) oder getrennt werden (= Dezentralisation)[74]. Als primäre Merkmale liegen diesem Ordnungsprinzip *Verrichtung, Objekt* und *Entscheidung* zugrunde[75, 76].

bb) *Leitung:* Die multipersonale Problemlösung fusst einerseits auf der Stellenbildung, andererseits auf dem Beziehungssystem zwischen den einzelnen Stellen. Diese institutionalisierten Beziehungen haben zum einen rein prozessbezogene Funktionen, zum andern dienen sie der Koordination, sind also Leitungsbeziehungen[77].

Es sind zwei Grundformen anzutreffen: das *Ein*liniensystem und das *Mehr*liniensystem.

Wesen des Einliniensystems ist die Einfachunterstellung als Konkretisierung des Prinzips der Einheit der Auftragserteilung, ausgestattet mit den Vorteilen der klaren Regelung der Unterstellungsverhältnisse, der eindeutigen Kompetenzabgrenzungen und der Durchsichtigkeit des Gesamtsystems[78]. Hill/Fehlbaum/Ulrich[79] heben als besondere Merkmale explizite die Funktion der Linie als Mitteilungsweg und ausschliesslichem Entscheidungs- und Delegationsweg hervor.

74 Vgl. Hill/Fehlbaum/Ulrich 175; Grochla 4.
75 Entscheidungszentralisation beinhaltet die getrennte Zuordnung von Entscheidungs- und Realisationsaufgaben; vgl. Grochla 4.
76 Hill/Fehlbaum/Ulrich (176) nennen die *funktionale* (= Zweckbereiche), die *divisionale* (= nach Objekten, Sparten), die *regionale* und die in diesem Zusammenhang nicht wesentliche Phasengliederung.
77 Vgl. Grochla 5.
78 Vgl. Grochla 5.
79 191 f.

Das Mehrliniensystem, auch funktionale Organisation genannt, bringt – wie der Name andeutet – eine Mehrfachunterstellung mit sich, und zwar nach der Zahl der Entscheidungskomponenten, die sich aus dem Pflichtenheft des Weisungsempfängers ergeben[80]. Die Vorteile der Einfachunterstellung werden aufgegeben zugunsten jener der Spezialisierung und des direkten Kommunikationsweges.

c) *Exkurs:* Ein Wort zum Phänomen der Stäbe[81]: Als Stab ist eine Leitungs*hilfs*stelle zu verstehen, die durch ihre Entscheidungsvorbereitung die fehlende oder mangelnde Sachkenntnis der entscheidenden Instanz wettzumachen bzw. diese Instanz in der Entscheidungsvorbereitung zu entlasten hat[82].

Formell kommt dem Stab grundsätzlich keine Entscheidungs- und Anordnungskompetenz zu[83]. Materiell kann die Situation grundlegend anders gelagert sein, wenn der Stab dank seiner Informationsbasis und Sachkompetenz in der Lage ist (und auch sein soll), entscheidungsreife Alternativen zu präsentieren in der Art, dass der Willensakt der entscheidenden Linieninstanz nur noch im Ankreuzen der gewählten Alternative bzw. der vom Stab bevorzugten Alternative besteht[84].

Hier liegt ein nicht zu unterschätzendes Gefahrenpotential: Es wird hervorgerufen durch das Auseinanderfallen von Sach- und Entscheidungskompetenz und besteht in der Manipuliermasse in Form von Informations- und Problemselektion; ein Problem, das nicht in der Persönlichkeit der Beteiligten wurzeln muss – aber kann –, sondern vielmehr als Wirkung des oftmals zu theoretischen "approach" der Stäbe gesehen wird[85]. Da dem Spezialisierungsaspekt im Mehrliniensystem durch die Mehrfachunterstellung Rechnung getragen wird, empfiehlt die Literatur die Schaffung von Stäben ausschliesslich bei Linienorganisationen[86].

d) *Einliniensysteme:* Wie Grochla[87] ausführt, stehen im Vordergrund der "praxisrelevanten Strukturierungskonzeptionen" die Prinzipien Verrichtung und Objekt: M.a.W. werden auf höchster Leitungsebene die Aufgaben nach den Ordnungsprinzipien Verrichtung, Objekt (= Produkt bzw. Produktelinien) oder Region aufgeteilt. Dies bedeutet bei der streng hierarchischen Struktur[88] des Einlinienmodells, dass die Mehrdimensionalität von Problemen auf verschiedenen hierarchischen Stufen berücksichtigt wird[89]. Anders ausgedrückt, werden bei Ausrichtung der

80 Vgl. Grochla 5; Hill/Fehlbaum/Ulrich 193 ff.
81 Vgl. Buth 82 ff.; Bleicher, Perspektiven, 89 f.; Hill/Fehlbaum/Ulrich 197 ff.; Höhn 1543 ff.; Fisch 67 ff.
82 Fisch (68) bezeichnet Stäbe generell als "support organization for main line activities".
83 Vgl. Buth 82; Hill/Fehlbaum/Ulrich 198.
84 Vgl. Buth 83.
85 Eine Beurteilung, die in der Praxis oft zu hören ist; vgl. Dale's (206 f.) Ausführungen zum Fachstab, insbes. 207.
86 So Hill/Fehlbaum/Ulrich 199.
87 6.
88 Bleicher, Perspektiven (70 ff.) bezeichnet diese Organisationsform in Anlehnung an Max Weber denn auch als Bürokratiemodell.
89 Vgl. Leumann 19.

obersten Unternehmensleitung auf Funktionen (Einkauf, Produktion, Verkauf usw.) weitere Kriterien der Problemlösung wie produktspezifische Probleme und regionale Aspekte auf unteren hierarchischen Ebenen in die Problemlösung eingebracht mit dem Effekt, dass sie der Reduktionsleistung nach oben oder des fehlenden positionsautoritären Druckes wegen in der Entscheidungsphase nicht die gebührende Berücksichtigung finden[90].

aa) *Funktionale Stab-Linienorganisation:* Als traditionellstes Konzept ist das Verrichtungsmodell anzusprechen[91]. Wie sich aus der obigen Darstellung ergibt, ist es – auch heute noch – in Unternehmungen am Platze, "deren Produktionsprogramm relativ homogen ist und deren relative Umweltsegmente ein grosses Mass an Stabilität und Kontinuität aufweisen"[92]. Denn, so wird in der Literatur übereinstimmend bemerkt, mit der Zuteilung von Funktionen an entsprechende Fachkräfte sind unbestreitbar die Vorteile der sachnahen Entscheidung verbunden[93]; eine Sachnähe, die allerdings verlorengeht, sobald nicht mehr nur eine Produktelinie in Frage steht und verschiedene Märkte anzusprechen sind. Die Verrichtungsorganisation mit ihrer starken "Suboptimierungsneigung"[94] und der hohen "Programmierungstendenz"[94] hat sich denn auch gemäss der einschlägigen Literatur als zu wenig flexibel erwiesen, um auf Veränderungen im Produktebereich und auf Markttendenzen, zumal noch auf verschiedenen Märkten, optimal zu reagieren.

bb) *Objektmodell (Spartenorganisation – divisionale Organisation) und Regionalmodell:* Diese beiden Modelle sind Abwandlungen des Verrichtungsmodells: Anstelle der Aufgabengliederung nach Funktionen erfolgt die Zuteilung der Aufgaben auf der Ebene der Unternehmensleitung nach Produktelinien oder Regionen[95]. Als Organisationsprinzip dient weiterhin das Einlinienmodell, mit oder ohne Beigabe von Fachstellen (Stäben oder Zentralstellen). Die Problemhierarchie mit den oben geschilderten Nachteilen besteht fort. Die derart geänderte Blickrichtung erlaubt eine produkt- bzw. marktspezifischere Problemanalyse und eine dementsprechend grössere Flexibilität in diesen Bereichen[96].

Eigentliches Ziel einer objektorientierten Gestaltung ist jedoch, "die infolge der Diversifikation umfangreichen und heterogenen Produktionsprogramme wieder in homogene Einheiten zu zerlegen"[97]. Die Funktionsfähigkeit der Divisionalisierung hängt, wie Grochla weiter ausführt, von der Entscheidungsfreiheit der Divisionsmanager für die dispositiven Operationen in ihren Sparten ab[98]. Wird ihnen auch

90 Vgl. Leumann 19 unten.
91 Vgl. Grochla 6; Bleicher, Perspektiven, 75 ff.; Fisch 67 ff.
92 So Grochla 6; Bleicher, Perspektiven, 79.
93 So beispielsweise Agthe 435.
94 So Bleicher, Perspektiven, 77.
95 Vgl. Bleicher, Perspektiven, 79 ff.; Grochla 6.
96 Zu den veränderten Koordinationsproblemen vgl. Bleicher, Perspektiven, 80 bzw. 85.
97 So Grochla 6.
98 7.

die Gewinnverantwortung übertragen, so bezeichnet man diese Organisationsform als Profit-Center[99]. Eine derartig weitgehende Selbständigkeit, die sich mit dieser Entscheidungsdezentralisation ergibt, hat ihre entsprechende Wirkung auf die Bildung des Gesamtunternehmenswillens: Konkret bedeutet es – in letzter Konsequenz durchgeführt –, dass die Formulierung einer einheitlichen Unternehmenspolitik durch die Formulierung von Teilpolitiken abgelöst wird. Koordinationsinstrument muss mithin die Unternehmensphilosophie sein.

e) *Matrix-Organisation – ein Mehrliniensystem:* Die Matrix-Organisation berücksichtigt auf der obersten Leitungsstufe zwei Problemdimensionen (Funktion und Objekt) und stellt als Zweiliniensystem einen Spezialfall des Mehrliniensystems dar[100]. Das Vorhandensein zweier Liniensysteme – ausgerichtet nach Funktionen das eine, nach Objekten das andere – bewirkt hinsichtlich der Problemlösung eine "Konfliktinstitutionalisierung"[101]. M.a.W. prallen in der Entscheidungssituation die Spezialistenstandpunkte zweier Stellen gleicher Rangordnung aufeinander[102]. Weiter erfolgen eine Überlagerung zweier Weisungssysteme[103] und eine entsprechende Vermischung der Kompetenzen. Dies ist ein Nachteil, der nur durch eine strikte Kompetenzabgrenzung mittels sogenannter "Vortrittsregeln"[104] wettgemacht werden kann. Adressaten dieser Vortrittsregeln sind die Matrix-Teams, d.h. Problemlösungseinheiten[105], bestehend aus Spezialisten (Matrixstellen) und den direkt betroffenen Stelleninhabern (= Schnittstellen). Diese Teams sind als Teamganzes Träger der Verantwortung für die getroffenen Entscheide; eine Verantwortung, die sich wegen der gemeinsamen Entscheidungskompetenz des Matrix-Teams nicht einzelnen Personen zuordnen lässt[106]. Brings spricht in diesem Zusammenhang geradezu von "Poolung der Verantwortung"[107].

99 Vgl. generell zum Problem: Leumann.
100 Vgl. Brings 72; wird als weitere Dimension die Region berücksichtigt, so spricht man von einer Tensor-Organisation.
101 Vgl. Agthe 437; Leumann 65.
102 Leumann 65; dies geschieht an der sog. Schnittstelle.
103 Grochla 7.
104 Hill/Fehlbaum/Ulrich 207; Leumann 108.
105 Leumann 97.
106 Leumann 107.
107 95.

§ 4 Ergebnis

I. Verantwortlichkeit ohne Regelungskapazität?

1. Das Problem der Verantwortlichkeit an sich

Stone erklärt in seinem Buch "Where the law ends" das überkommene System haftungsrechtlicher "checks and balances" im Gesellschaftsrecht – zumindest was Grossgesellschaften angeht – für bankrott. In überzeugender Weise zeigt er auf, weshalb das heutige (amerikanische – dieselben Argumente dürften aber auch für das schweizerische Recht zutreffen –) Recht nicht mehr fähig ist, die Grossgesellschaften[1] und ihre Verwaltungen[2] (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) mittels verantwortlichkeitsrechtlicher Bestimmungen im Zaume zu halten. Seine Kritik setzt bezüglich der Gesellschaftshaftung an drei Stellen an:

- Zu Recht gibt Stone zu bedenken, dass das Wohlverhalten von profitorientierten Systemen (Unternehmungen) nicht einfach über profitgefährdende Massnahmen wie Bussen, Schadenersatz, punitive und triple damages zu gewährleisten ist. Denn zum einen stellten gesetzliche Drohungen und gerichtliche Sanktionen dieser Art nur eines unter vielen – grösstenteils als wesentlicher erachteten – Problemen der Unternehmensführung dar[3], zum andern hätten solche Verluste der Gesellschaft in der Regel keinen negativen Einfluss auf die Saläre bzw. Stellungen der – zumindest formell – Verantwortlichen[4].
- Werden grosse Unternehmenssysteme zwangsläufig in Subsysteme – womöglich mit eigener Gewinnverantwortung – aufgeteilt, ist der Informationsfluss nach oben beispielsweise hinsichtlich ungünstiger Vorkommnisse in Produktion und Entwicklung noch eingeschränkter, als dies bei der automatischen Informationsverdichtung in jedem hierarchischen System der Fall ist. Die unternehmenseigenen Juristen würden – so Stone – vom Informationsfluss überhaupt ferngehalten[5] und die Leute an der Unternehmensspitze möglichst von negativen Ereignissen abgeschirmt[6].

1 35 ff.
2 58 ff.
3 Stone 40. Das zitierte Beispiel von Ford (er stellt den Verlust der Ford Motor Company von US-$ 250 Mio. mit "Edsel" und den Ertrag der ersten 27 Verkaufsmonate von US-$ 350 Mio. mit "Mustang" einer Busse von US-$ 7 Mio. wegen EPA-Verstössen (= Environmental Protection Agency) gegenüber) spricht in diesem Zusammenhang für sich.
4 Stone (47): Im Gegenteil seien die Saläre der Unternehmensspitze von Ford im auf die Busse folgenden Jahr merklich angehoben worden.
5 Stone zitiert den "Westinghouse price-fixing"-Fall, wonach – gemäss Aussage eines Managers der Westinghouse vor dem Senatskomitee – das ungeschriebene Gesetz "not to tell the lawyers anything" bestanden habe.
6 Stone 61: "... men at the top of the corporation are 'protected' from incriminating evidence not only through the abstractness of their own affairs, but on account of the natural screening of 'bad news' ..."

– Die Haftung der Gesellschaft sei – drittens – nur mehr oder minder annehmbares Heilmittel. Grössere Anstrengungen müssten unternommen werden, um Schäden, die sich aus unzulänglicher Organisation ergeben, zu verhüten[7].

Die Wirkungslosigkeit der Verantwortlichkeit von Directors und Officers – auf der anderen Seite – ergibt sich nach Stone aus der oben angetönten Abschirmung der Unternehmensspitze und im Schadenfall aus der Zulässigkeit von Indemnifikation und "D & O"-Haftpflichtversicherung[8].

2. Gesetzgebungs- und Haftungsprobleme

Stone weist weiter darauf hin, dass die Kontrolle von Unternehmen und ihren Führungen auch bei absolut rechtskonformem Handeln deshalb ungenügend sei, weil

a) *das "time-lag"-Problem der Gesetzgebung* bestehe[9], d.h. die Gesetzgebung zwangsläufig hinter der Rechtswirklichkeit nachhinke; dass weiter

b) *gewisse Grenzen der Gesetzgebungskapazität und -qualität des Gesetzgebers* bestünden[10]:

– Da die Gesetzgebung wohl oder übel an die Erfahrungen der Praxis anknüpfe, setze sich diese ihre Massstäbe praktisch selbst; ein Problem, das wegen des Informationsvorsprungs der Praxis nicht zu lösen sei und dadurch noch verstärkt werde, dass sachverständige Angehörige der überwachten Wirtschaftszweige in den Aufsichtskommissionen sässen[11].

– Ein weiteres Problem stelle eine möglichst objektive Information zum Regelungsgegenstand dar. Im gleichen Atemzug zu nennen sei die Interessenabwägung, in der sich – in irgendeiner Form regelmässig – Sicherheit und Fortschritt gegenüberstünden.

– Problematisch sei ausserdem sowohl eine sich durch die Komplexität gewisser Regelungstatbestände ergebende Unbestimmtheit der Normen, was deren Effizienz schade, als auch eine zu strikte Regelung, die jegliches eigenverantwortliche Handeln ausschliesse und zudem als Grenze zu einem rechtsfreien Raum empfunden werde.

7 Stone 30, 32.
8 Stone 62, 64 f., 148.
9 Stone 94.
10 Stone 94 ff.
11 Ein Nachteil, der wohl kaum zu vermeiden ist und zudem durch die soziale Verantwortung, die ein solcher Einsitz mit sich bringt, wettgemacht wird.

c) *der Rechtsanwendung Grenzen gesetzt* seien[12]. Stone nennt in diesem Zusammenhang die hinlänglich bekannte Beweisproblematik, die Kostenfrage der Rechtsdurchsetzung und die in den USA besonders schmerzlich empfundene Unbeständigkeit der Bundesämter in der Rechtsanwendung[13].

3. Stone's Lösungsvorschlag

Stone schlägt ein Paket von Änderungen in der gesetzlichen Behandlung von Grossgesellschaften vor:

- Einmal soll vom Gesetzgeber vermehrt direkt[14] (indem in Spezialgesetzen gewisse Entscheidungen einer bestimmten gesellschaftlichen Instanz zugewiesen werden, die sodann dem zuständigen Amt bezüglich dieser Entscheidungen rechenschaftspflichtig ist), aber auch indirekt (über öffentliche Empfehlungen) auf den Entscheidungsprozess in Unternehmungen Einfluss genommen werden[15].
- Sodann sollen Wahl und Zusammensetzung des Verwaltungsrates dem Einfluss des Managements entzogen werden, seine Pflichtenhefte nach Spezialproblemen des Unternehmens ausgerichtet und die Verantwortlichkeit umstrukturiert werden[16].
- Endlich sollen sogenannte GPD[17] und SPD[18] eingesetzt werden, um – etwas vereinfacht gesagt – dem von der Unternehmung ausgehenden Schädigungspotential für die Umwelt im Entscheidungsprozess die nötige Beachtung zu verschaffen. Diese speziellen, der Integration des öffentlichen Interesses in den

12 Stone 103 ff.

13 Die jeweilige Politik kann im schlimmsten Fall mit jedem Wechsel der Administration bzw. mit jedem personellen Wechsel an der Spitze der "governmental agencies" ändern.

14 Stone 124 ff.

15 Stone 217.

16 Stone (146 ff.) bezeichnet Verantwortlichkeit für leichte Fahrlässigkeit richtig als zahnloses Instrument, da
1. der Verwaltungsrat in der Regel geschützt sei in seinem Vertrauen auf die Berichte des Management wie auch
2. durch die (berechtigte) Zurückhaltung der Gerichte das "business judgment" des Verwaltungsrates zu hinterfragen und
3. – in finanzieller Hinsicht – die Indemnifikation und die "D & O".

Er schlägt vor, die Verantwortlichkeit auf grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz und "self-dealing" zu beschränken und das Verschulden zu vermuten bei jeglichen, aus straf- oder zivilrechtlicher Haftung sich ergebenden Verlusten der Gesellschaft. Ausserdem postuliert er die Beschränkung von Indemnifikation und Versicherung und eine Art Berufsverbot ("Einsitzverbot") für verurteilte Verwaltungsräte. Sein Argument: Bei Ärzten und Anwälten existiert dieses auch, warum nicht auch bei Verwaltungsräten, die sozial genauso schädlich handeln und das Vertrauen der Öffentlichkeit missbrauchen können.

17 General public directors; zu deren Aufgaben: Stone 161 ff.

18 Special public directors; zu deren Aufgaben: Stone 173 f.

unternehmerischen Zielbildungs- und Entscheidungsprozess verpflichteten Verwaltungsräte sind offenbar als institutionalisiertes Gewissen der Unternehmung gedacht[19].

II. Schlussfolgerungen aus den Untersuchungen in den §§ 1–3

1. Komplexität des Verantwortlichkeitsproblems

Mit der rudimentären Darstellung von Stone's Ideen (eben I.) wird der Versuch abgerundet, die Vielschichtigkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit etwas unkonventioneller zu untersuchen. Stone akzentuiert bei seinen Betrachtungen die Integrationsprobleme von Grossunternehmungen in ihr soziales Umfeld bzw. deren Anpassungsschwierigkeiten an die Bedürfnisse ihres sozialen Umfeldes. Verantwortlichkeit lässt sich – darüber besteht kaum ein Zweifel – nicht auf die blosse Haftungsfrage reduzieren: Zielformulierung und Überprüfung in der Unternehmung, Art und Weise, wie man die Ziele zu erreichen trachtet, haben vielmehr am Anfang jeder Diskussion über Verantwortlichkeit zu stehen, während sich Überlegungen zur haftungsrechtlichen Seite des Problems lediglich als logische Konsequenz an die Betrachtungen anschliessen.

2. Verantwortlichkeit und Pflichterfüllung

a) *aus juristischer Sicht:* Die mit der Verwaltung einer AG betrauten Personen haben in der Erfüllung ihrer Aufgabe einer objektivierten Sorgfalt[20] zu genügen. Ausdruck dieser besonderen Sorgfalt ist in jeder grösseren Organisation u.a. die Delegation von Aufgaben[21]. Delegation bedeutet Aufgabenaufgliederung und -verteilung nach einem Lösungsplan, der sich aus der Problemanalyse ergeben hat. Soll Delegation als Problemlösungs- und Koordinationsinstrument tauglich sein, so müssen ihre Grenzen erkannt werden. Diese Grenzen sind dem "Instrument" Delegation immanent und ergeben sich nicht primär als gesetzliche Forderung[22]. Delegationsgrenzen lassen sich m.E. nicht ein für allemal festlegen, vielmehr ist eine situationsbedingte Analyse am Platze, um die sich aufdrängenden Grenzen zu bestimmen. Konsequenterweise muss deshalb die Sorgfaltspflicht nach OR 722 I als

19 Stone 125: "Directors (...) should and could operate as a sort of corporate superego, adjusting the id desires of the corporation to the reality and morality demands of the outside world."

20 Vgl. zum Inhalt der objektivierten Sorgfalt vorne § 1 II. 2. b).

21 Vgl. vorne § 2 II.

22 Vgl. die Darstellungen der Lehre zu den Delegationsgrenzen vorne in § 2 II. 3. b).

Kriterium für die Bestimmung der Delegationsgrenzen gewählt werden[23]: Die gesetzlich geforderte Sorgfalt bestimmt m.a.W. in concreto, wie eng bzw. wie weit diese Grenzen zu ziehen sind.

Akzeptiert man diese Argumentation, dann anerkennt man gleichfalls, dass letzte, feste Zuweisungen von formellen Verwaltungsaufgaben an die formelle Verwaltung einer AG, den Verwaltungsrat – zumindest grundsätzlich –, in Frage gestellt werden: Es bleibt – gewissermassen als Kern jeder Verwaltungstätigkeit – die Pflicht des Verwaltungsrates, für eine geeignete Organisation zu sorgen[24]; es bleibt weiter die Verantwortlichkeit für die Verwaltung der AG in Gestalt einer *Organisationsverantwortlichkeit.*

b) *aus betriebswirtschaftlicher Sicht:* Als Ergebnis aus § 3 lässt sich einfach formulieren: Komplexere wirtschaftliche Situationen erfordern komplexere Führungs- und Organisationsformen[25]. Wie sich gezeigt hat, ergibt sich aus jeder Form dezentraler Problemlösung eine Diskrepanz zwischen der dezentralen Ansiedlung der Aufgabe und der traditionell zentralen Verantwortlichkeit, sofern festgehalten wird an abstrakt, d.h. losgelöst vom konkreten Beispiel, formulierten Delegationsgrenzen[26]. Bestimmen sich die Grenzen der Delegation m.a.W. nicht durch die Pflicht zur tauglichen Organisation, dann wird die aktienrechtliche Verantwortlichkeit zur *Kausalhaftung* – einer eigentlichen *Positionshaftung.*

3. Organisationsverantwortlichkeit und Pflicht zur Organisation

a) *Grundsatzproblem:* Der grösste Unsicherheitsfaktor, mit dem der Mensch in seinem wirtschaftlichen Alltag zu rechnen hat, ist er selbst. Die hauptsächlichste vom Menschen ausgehende Gefahr scheint mir dabei jedoch nicht – wie sich Drucker[27] ausdrückt – darin zu bestehen, dass der "universal incompetent" als Regel, der "universal genius" als seltene Ausnahme zu gelten habe, und man eine Organisation deshalb auf Leute abzustützen habe, die sich auf wenigstens einem Gebiet auszeichneten[28], sondern in der Tendenz des Menschen, seine Eigenverantwortlichkeit innerhalb von Organisationen zu negieren. Patentlösungen, um mit diesem Problem zu Rande zu kommen, gibt es wohl kaum. Ein Ansatz ist immerhin, in den einer Organisation angehorenden Menschen einen gewissen "Unternehmerinstinkt" zu wecken, d.h. nicht nur den Willen, bestehende Aufgaben zu lösen,

23 Vgl. vorne § 2 II. 3. d).
24 Vgl. vorne § 2 II. 3. d), III. 2.
25 Diese lapidare Aussage muss hier genügen; vgl. ansonsten vorne § 3, insbes. III. 2. und 3.
26 Vgl. etwa § 3 III. 3. d) bb) a.E.
27 Vgl. Drucker's Ausspruch (19): "The experience of the human race indicates strongly, that the only person in abundant supply is the universal incompetent."
28 Drucker 19.

sondern auch kommende Aufgaben erkennen zu lernen. M.a.W. sollte die Frage "Was kann ich beitragen?" institutionalisiert werden[29]. Unabdingbare Voraussetzung für die Erreichung dieses Zieles sind allerdings ein taugliches Informationssystem[30] und die Beteiligung des einzelnen am Entscheidungsprozess.

b) *Organisationsmängel:*
aa) *Das Problem:* Organisations- und Führungsmodelle sind – stellt man Zweifel an ihrer materiellen Tauglichkeit einmal beiseite – so gut wie die Menschen, die sie tragen. So oder ähnlich lauten pauschale Urteile zum Thema oft. Wenn auch im Grundsatz richtig, so ist doch auf eine für die Verantwortlichkeit wichtige Abweichung hinzuweisen:

Organisations- und Führungsmodelle zeichnen auf Idealvorstellungen ausgerichtete Formalstrukturen einer Unternehmung: Die Vielfalt der in einem Unternehmen zusammengefassten Menschen und vermehrt noch die Komplexität des Einzelmenschen an sich werden problemlösungsgebunden auf einige wenige, wohlkontrollierbare Handlungsschemata reduziert: ideal für die Zuordnung der Verantwortlichkeit!

In der Hauptsache sind es zwei Faktoren, die dieses Idealbild verzerren: Sachkompetenz – effektvoll in Szene gesetzt – und persönliche Autorität[31] bringen es mit sich, dass den Formalstrukturen für eine gerechte Zuordnung von Verantwortlichkeit weit wichtigere informelle Strukturen (des Entscheidungsprozesses) gegenüberstehen; informelle Strukturen allerdings, die sich in einem steten Wandel befinden können und verantwortlichkeitsrechtlich entsprechend schwer einzufangen sind[32].

bb) *Informelle Entscheidungsstrukturen:* Sind die Leitungsstellen durchwegs mit Leuten von Sachkompetenz und persönlicher Autorität besetzt – was dem geschilderten Idealzustand gleichkäme –, d.h. besteht Identität zwischen Entscheidungs- und Sachkompetenz, so entsprechen sich formelles und effektives Leitungssystem: Die Zuständigkeiten und die Verantwortlichkeit sind den Regulativen (Statuten und Reglementen) der Unternehmung zu entnehmen. Dem ist jedoch meist nicht so[33]: Besteht diese Identität nicht, so entwickelt sich – als logische Konsequenz der menschlichen Natur – ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Stellen mit formeller Entscheidungsgewalt einerseits und den Stellen mit – dank des Sachwissens und der

29 Vgl. Drucker 54.
30 Hieher gehört auch, mit allen Arten von "Ach tret' mir nicht in mein Gärtchen!"-Politik aufzuräumen; ein Problem, das nur über die Entpersönlichung der Problemlösung im Unternehmen durch den einzelnen zu lösen ist.
31 Etwa auch als "managerial pull" zu charakterisieren.
32 McDonald 66: "It is the informal organization, not organization charts or job descriptions, that determines the relative power position of executives; and because the informal organization is constantly in flux, these positions are highly volatile."
33 McDonald 61: "To oversimplify, inside the executive suite we find a handful of strong leaders, a few followers and a lot of neutralists."

persönlichen Autorität der Stelleninhaber – materieller Entscheidungsgewalt andererseits. Dieses letztere "Konkurrenzleitungssystem" kann institutionalisiert sein in Form von Stäben[34], braucht es aber nicht. Es kann auf einem an gewisse Freundschaftsbeziehungen geknüpften Informationssystem beruhen, aber auch Resultat des Dranges einer nachrückenden Managergeneration nach oben sein. Nicht zu vergessen ist die Tatsache, dass derartige informelle Leitungssysteme auch als Teil der formellen Systeme bestehen können, denn selbst in obersten Leitungskadern besteht keine uniforme Leitungskapazität[35], bestehen persönliche Präferenzen, haben Sympathie und Antipathie einen Einfluss auf den Entscheidungsprozess[36].

cc) *Das Problem der sachnahen Entscheidung:* Komplexeren Wirtschaftssituationen hat die betriebswirtschaftliche Theorie und Praxis entsprechend angepasste Problemlösungsmodelle gegenübergestellt[37]: Zwei Probleme entstehen, die einen eminenten Einfluss auf die unternehmerische Entscheidung ausüben:

- Folge des zunehmenden Problemwandels in Umwelt und Unternehmung ist der Verlust an Überschaubarkeit der Unternehmensaktivitäten, welcher mit der zunehmenden Unternehmensgrösse und der entsprechenden Entscheidungsdezentralisation einhergeht.
- Je grösser die Unternehmenspyramide wird, desto weiter unten in der Leitungshierarchie setzt die Ablösung der Entscheide über Sachfragen durch Entscheide über Leitungsfragen ein; o.a. desto extremer wird die Verdichtung, d.h. die Abstraktheit der Aufgaben an der Unternehmensspitze[38].

Die eine wie die andere Problematik führt zum Schluss, dass als Koordinationsinstrument an der Spitze von Gross- und Grösstunternehmen nur noch die Beeinflussung der Qualität des Unternehmengebarens zur Verfügung steht, womit Verwaltungsräte solcher Unternehmungen praktisch als "Unternehmensphilosophen" auf die Formulierung dieses Führungsinstruments beschränkt wären.

Bezüglich der Verantwortlichkeit bedeutet dies, dass sich der Verwaltungsrat zwar wie bis anhin nur dann zu entlasten vermag, wenn er seiner Kontrollfunktion[39] regelmässig und kritisch – wenn auch nicht argwöhnisch – nachgekommen

34 McDonald zum Stab-Linienproblem (65): "When a half-dozen men, struggling with the same problems are in near constant consultation in their efforts to achieve optimum solutions, the legalistic distinction between responsibilities soon dissolve in the flux of informal working relationship, and the man best equipped – or most willing to deal with the situation takes the lead."

35 An dieser Stelle einzuordnen ist das Problem des Sachbearbeiter gebliebenen Vorgesetzten.

36 McDonald (62) zur fehlenden Voraussehbarkeit von Entscheidungen: "This is why many executives devote so much time and energy to premeeting briefings aimed at minimizing open conflict when critical decisions are on the agenda."

37 Vgl. vorne § 3 III.

38 Mit dieser Problematik fertig zu werden, ist u.a. Ziel der "profit center"-Idee (Unternehmen in der Unternehmung), vgl. vorne § 3 III. 3.

39 Kontrollfunktion verstanden als Pflicht, für ein taugliches Kontrollsystem zu sorgen und dieses zu überwachen.

ist, doch ansonsten – und zur Hauptsache – seine Wirtschaftserfahrung, sein Talent, Trends oder eher Trendänderungen[40] zu erkennen, seinen "Unternehmerinstinkt" oder was immer seine speziellen unternehmensrelevanten Talente sein mögen, eingebracht hat. Mithin würde jene unternehmerische Instanz, die unmittelbar und stetig auf die Unternehmensaktivitäten einwirkt – die Geschäftsführung bzw. die Direktion –, vermehrt ins Zentrum der Verantwortlichkeit gerückt.

4. Schlussvotum

Die Verantwortlichkeit ist – insbesondere wenn von Grossgesellschaften die Rede ist – als Politikum zu betrachten.

Bis anhin gewählte Ansätze zur Zügelung von Mammutunternehmungen gehen insofern fehl, als sie lediglich darauf ausgerichtet sind, gesellschaftliches Wohlverhalten bzw. das Wohlverhalten der Gesellschaftsverwaltungen über die Strenge der Haftung zu beeinflussen. Es ist m.E. lediglich eine Frage der Zeit, bis diese Zweckbestimmung – die Abschreckung vor unrechtem Tun – umschlägt in eine Abschreckung vor der Übernahme von Verantwortung.

Sie gehen weiter fehl insoweit, als sie die Eigendynamik von Grossunternehmungen ausser acht lassen. Sie gehen drittens fehl insoweit, als sie die aktienrechtliche Problematik auf den Gegensatz Aktionär – Verwaltung reduzieren[41]. Grossunternehmen als integrierende Bestandteile der Volkswirtschaft – von der sie, wie der Chrysler-Fall zeigt, letztlich auch getragen werden – sind einem strengeren Konzept der Eigenkontrolle zu unterwerfen, das sie zwingt, sich ihres Einflusses auf ihre wirtschaftliche und soziale Umwelt vermehrt bewusst zu werden.

40 Drucker (17): "The truly important events on the outside are (...) the changes of trends. These determine ultimately, success or failure of an organisation and its efforts."

41 Zur Problematik allgemein Tschäni.

2. KAPITEL

Erfahrungen mit der "D & O" in den USA

§ 5 Einleitende Bemerkungen

Wie mehrfach angedeutet, lässt sich die Tätigkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung *nicht* dem Pflichtenheft einer bestimmten Berufsgattung zuordnen. Vielmehr ist neben einer exakten Arbeitsweise im angestammten Arbeitsbereich die Leitungsfunktion zu erfüllen, eine Leitungsfunktion, die u.a. auch sehr viel mit Intuition zu tun hat[1]. Allein diese Tatsache lässt erahnen, welchen Schwierigkeiten sich ein Versicherer gegenübersieht beim Versuch, die Risiken der "D & O"-Versicherung richtig einzuschätzen. Für den amerikanischen Versicherer beginnen hier erst die Schwierigkeiten: Nicht nur bestehen in der dortigen Lehre und Rechtsprechung keine genauen Vorstellungen von den Pflichten insbesondere des "Board of Directors"; darüber hinaus ist man sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung auch nicht einig über einen einheitlichen Sorgfaltsmassstab, dem der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung bei Erledigung ihrer Pflichten zu entsprechen hätten[2]. Diese Probleme werden verstärkt durch die Vielfalt von Gesetzeslegungen und Rechtsprechungen der Einzelstaaten, zusammen mit einem kunterbunten Bukett an bundesstaatlichen Regelwerken, allen voran dem Securities Act von 1933 und dem Securities Exchange Act von 1934, die allesamt keinen Beitrag zur Vereinheitlichung des Verantwortlichkeitsrechts in den USA leisten.

Illustrativ für die angetönten Probleme, deren Diskussion Thema des vorliegenden Kapitels ist, und die damit verbundene Rechtsunsicherheit scheinen mir zwei Aussagen:

- Obwohl sich die Versicherungsindustrie auf eine 30jährige "D & O"-Erfahrung abstützen kann[3], sind sich die Experten heute nicht einig, ob die z.Z. verlangten Prämien die zu erwartenden Schäden abzudecken vermögen[4].
- Sodann ist die kuriose Situation anzuführen, dass ein angesehener Gesellschaftsrechtler die "draftsmen" der Lloyd's-Police und deren amerikanischer Imita-

1 Verständlich daher Prof. E. Kilgus' Bemerkung im Rahmen einer Vorlesung zur BWL der Banken, dass es sich dabei um eine Kunstlehre handle.

2 Vgl. hinten § 6.

3 Vgl. Excess and Surplus Lines (Dezember 1978) II-B-3.6, 1: Gemäss diesem Artikel hat Lloyd's die "D & O"-Police um 1950 eingeführt.

4 Vgl. Business Insurance vom 7. Juli 1980, 3 und 26: worin ein vielzitierter Experte in Sachen "D & O", Thomas F. Sheehan, die momentan verlangten Prämien als gefährlich niedrig bezeichnet und J.P. DeAllessandro, Präsident der National Union, welche 30% des "D & O"-Marktes abdeckt, entgegnet, dass dem absolut nicht so sei.

tionen praktisch als gesellschaftsrechtliche Laien bezeichnet[5], um etwa 10 Jahre später, offenbar von einem Versicherungsrechtler, in einer Replik bestätigt zu erhalten, dass es ganz ähnlich um seine versicherungsrechtlichen Kenntnisse bestellt sei[6].

M.E. zeigt dieses Beispiel an der Grenze der Sachlichkeit recht hübsch die mit dem Thema Verantwortlichkeit und deren Versicherung verknüpfte Unsicherheit in beiden Rechtsbereichen.

In der Folge nun möchte ich das Wechselspiel von aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und "D & O" in den USA aufzeigen und das Ergebnis für eine schweizerische Lösung nutzbar zu machen versuchen.

5 Vgl. Bishop, New Cure, 107.
6 Vgl. Brook 23.

§ 6 Das amerikanische Verantwortlichkeitsrecht

I. Einleitende Bemerkungen

Neun von zehn Artikeln aus dem amerikanischen Rechtskreis zum Thema "D & O" werden mit dem Hinweis auf die rigorose Zunahme von Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsrat und Geschäftsführung eingeleitet[1]. Was ist passiert im Lande der unbegrenzten Möglichkeiten? Haben die amerikanischen Aktionäre unbegrenzte Klagemöglichkeiten entdeckt oder aber hat sich das Geschäftsverhalten des amerikanischen "Big Business" in einem Masse verschlechtert, das einen Aufruhr vor den Schranken der Gerichte rechtfertigte?

M.E. trifft weder das eine noch das andere zu! Verfällt man nicht in den Fehler, die "gute, alte Zeit" zum Zeugen zu nehmen und ist man entsprechend überzeugt von einem in etwa gleichbleibenden Stand von Geschäftsethik und -moral, dann muss man den Grund in der Komplexität der heutigen Umwelt suchen.

Komplexität heisst hier neben Grösse von Unternehmen und Märkten (weltumspannend), wie ein kanadischer Autor darlegt[2], vermehrte (produktemässige und "geographische") Diversifikation der Gesellschaften. Mit zunehmender Gesellschaftsgrösse gerät die Verwaltung derartiger Unternehmungen dem durchschnittlichen Investor, ob Eigenkapital- oder Fremdkapitalgeber bleibt sich gleich, zum Abstraktum. Allein diese Tatsache vermag eine ganze Anzahl von Folgen zu zeitigen. In diesen Rahmen passen das vermehrte Interesse von Investoren an den Geschäften bzw. Geschäftspraktiken der Gesellschaften[3], das vermehrte Interesse von Gesetzgeber und staatlicher Verwaltung[4] am Schutz von Aktionärsrechten[3], die Begünstigung von unschuldigen Aktionären in "insider"-Situationen durch die Gerichte[3]. Weiter wird die Lage verschärft durch die ausgeprägte Bereitschaft der Amerikaner zu klagen[5,6], das in den USA vorherrschende "contingency fee system"[5,7], sodann die Aktivitäten der Konsumentenschutzorganisationen[8] usw. Bedenkt man weiter das gesteigerte Umweltbewusstsein der Öffentlichkeit, mit dem sich unternehmerisches Verhalten – geprägt durch die "laissez faire"-Haltung vergangener Jahr-

1 Vgl. beispielsweise Caplin 57; Wever 77; Greenberg/Dean 555; Knepper, Update, 951; Brook 2.
2 Vgl. Brown, L.R., 8.
3 Vgl. Brown, L.R., 8.
4 Gemeint sind damit die zahlreichen Bundesämter, allen voran die starke Securities Exchange Commission (SEC).
5 Vgl. Brown, R.E., 4.
6 Kommentar eines amerikanischen Versicherungsfachmannes: "Any dummy can sue!", und der Anwaltszunft sei dies recht.
7 Erfolgshonorar für Anwälte.
8 Excess and Surplus Lines (August 1979) II-B-3.0, 2: "The consumer movement made everyone an expert as to when a professional or semiprofessional did not perform."

zehnte – nicht unbedingt im Einklang befinden muss[9], sodann – was nicht wegargumentiert werden soll – das "Watergate" der Wirtschaft – Affären wie "Lockheed" –, dann trifft man den Kern des Problems schon eher: Das verstärkte Verlangen der Öffentlichkeit nach Einblick in Wirtschaftszusammenhänge, das seltsam zerrüttete Verhältnis der Öffentlichkeit zur Wirtschaft demgegenüber, das gesteigerte Interesse an der Welt von morgen bringen eine "Straffung" der Anforderungen an Ethik und Moral der Geschäftswelt und entsprechend eine Erweiterung der Verantwortlichkeit. Eine solche Erweiterung mag erfolgen mittels neuer Spektren an Verantwortlichkeit[10], durch striktere Verantwortlichkeitsnormen[11] oder ganz einfach durch veränderte Anschauungen – ein geändertes Vorverständnis[12].

II. Sorgfaltsmassstab und Pflichten für Directors and Officers (D & O) nach einzelstaatlichem Recht

1. Allgemeines

Eine Reaktion auf die eben geschilderten Entwicklungen ist beispielsweise die vermehrte Aufmerksamkeit, die die Gesellschaften der Zusammensetzung von Verwaltungsräten widmen. Man ist bemüht, mittels Wahl einer Mehrheit von Outsidern eine managementunabhängige, kritische Führung der Gesellschaft zu erhalten[13]; (eine Tendenz, die vollkommen mit meinen Ausführungen in Kap. 1 bezüglich der Verwaltungsräte von Grossgesellschaften übereinstimmt). Wie im "Statement of the Business Roundtable" dargelegt wird, sind "outside directors (...) windows on the world who provide a protection against insularity and lack of vision"[14]. Diese hübsche Metapher weist auch gleich auf das zentrale Problem in diesem Zusammenhang hin: Je grösser eine Gesellschaft, desto komplexer gestaltet sich ihre wirtschaftliche Existenz. Es ist leicht einsehbar, dass Outsider in der wenigen Zeit, die sie für ihre – nebenamtliche – Aufgabe als Verwaltungsräte aufwenden können,

9 Zu lange wurde diesem Problem allerdings auch durch die Öffentlichkeit nicht die nötige Beachtung geschenkt und – wie man weiss – resultiert Schuld leicht in übersteigerter Reaktion und der Suche nach einem geeigneten (möglichst finanzstarken) Schwarzpeter.

10 Stichwort: Umweltverschmutzung.

11 Sorgfaltsmassstäbe und Pflichtenhefte.

12 Graff 24: "There is no *real* criteria as to what constutes negligence. These areas are constantly open for scrutiny and reevaluation. In some cases honest mistakes do not excuse a director." Harvard Law Review 654: "(...) the relative vagueness and evolutionary character of the common law standard of care make it difficult to know in advance precisely what may constitute negligent conduct, (...)."

13 Vgl. Business Roundtable 2109 f. Lenhart 83 berichtet von einer Umfrage der New Yorker Börse, wonach 1978 von 993 befragten Gesellschaften 83% eine Mehrheit von unabhängigen Verwaltungsräten besassen. Die Angaben werden bestätigt durch eine Umfrage der SEC, gemäss welcher 19% von 1200 erfassten Verwaltungsräten keine Mehrheit von Unabhängigen besassen: vgl. Lenhart 84.

14 2107.

auf Schwierigkeiten stossen, ihr Mandat mit der nötigen Sorgfalt zu erfüllen. Damit Outsider in der Lage wären, dieser Arbeitslast zum Vorteil der Gesellschaft begegnen zu können, wird etwa vorgeschlagen, sie sollten hauptamtlich in einigen wenigen Verwaltungsräten Einsitz nehmen[15]. M.E. wäre jedoch – einmal abgesehen von der Frage der praktischen Durchführbarkeit – gerade eine derartige Lösung äusserst problematisch, würde mit ihr doch der Outsider zum Insider und damit die angestrebte Unabhängigkeit sowie die Abstützung wichtigster gesellschaftlicher Entscheidungen auf einen möglichst breiten Erfahrungsschatz zunichte gemacht[16].

Wie immer auch das Problem angepackt wird, es bleibt eine Frage offen; die Frage nämlich nach dem Sorgfaltsmassstab, der sowohl der Verwaltung von Grossgesellschaften als auch derjenigen von mittleren und Kleingesellschaften gerecht wird; die Frage auch, wie ein tieferes Eindringen der Verwaltungsräte in die Angelegenheiten der Gesellschaft in Einklang zu bringen ist mit einer effektiven Geschäftsführung[17] und wiederum mit der geforderten Sorgfalt.

Wie wir bestätigt erhalten werden, führt jeder Versuch einer zu spezifischen Formulierung des Sorgfaltsstandards zu falschen Ergebnissen, weil er auf einen kaum existenten Modellfall zugeschnitten ist[18]. Richtig ist, dass derartige Formulierungsversuche zur Klärung der Position der Verwaltungen von Grossgesellschaften beitragen können[19], was jedoch nichts daran ändert, dass nur die individuelle Auslegung eines allgemein gehaltenen Sorgfaltsmassstabes der konkreten Regelungssituation gerecht zu werden vermag. M.a.W. ist es Aufgabe von Lehre und Rechtsprechung, die Anforderungen einer sorgfältigen Verwaltung in Einklang mit der sich stets verändernden wirtschaftlichen und sozialen Umwelt zu bringen. Dass ein solches Unterfangen in einer von "case law" beherrschten Rechtssphäre noch weit schwieriger durchzuführen ist als unter kontinentaleuropäischem Recht, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

15 Vgl. Business Roundtable 2107. Ein besonders vehementer Vertreter dieser Idee scheint der "Konsumentenschutzkönig" Ralph Nader zu sein, der die Effektivität solcher "professional directors" mittels besonderer Stäbe verstärken will: vgl. Stern 1280 f.; Caplin 75; aber auch Stone 152 ff.

16 Die Tendenz geht ja gerade dahin, mit der Verwaltungsratswahl einen möglichst reichen Erfahrungsschatz anzuhäufen, wobei nicht nur wirtschaftliche Bereiche abgedeckt werden sollen, sondern Erfahrungen im öffentlichen Leben wie auch in Wiessenschaft und Forschung ebenfalls zu den Auswahlkriterien zählen. Ja selbst Frauen und Minderheiten erfahren besondere Beachtung in diesem "struggle for the best possible decision". Vgl. Business Roundtable 2106 f.

17 Caplin 73: "Standards for directors must strike a balance between detailed inquiry and exhaustive evaluation by directors on the one hand, and efficiency in the total productive efforts of a corporation, on the other hand."

18 So auch Business Roundtable 2085; vgl. auch meine Ergebnisse vorne in § 4.

19 Vgl. Business Roundtable 2097: An der zit. Stelle wird bezüglich der Stellung von Verwaltungsräten auf die klärende Wirkung der Formulierungen von Aufgabenpaketen hingewiesen, die in sich selbst zwar immer unpräzise und unvollständig sein werden, doch gleichwohl etwas Licht in das Dunkel rund um die aktienrechtliche Verwaltung bringen können.

2. Der "common law standard of conduct"

Gleich schweizerischem Recht, führen die Aktiengesetze der amerikanischen Bundesstaaten eine Reihe spezifischer Pflichten der Verwaltungen auf, wie die Einberufung a.o. Generalversammlungen, Wahl und Abberufung von Officers, Vorschläge für Statutenänderungen[20] und dergleichen. Darüber hinaus werden die Pflichten des Verwaltungsrates mit der Generalklausel, die Gesellschaftsangelegenheiten seien durch den Verwaltungsrat zu erledigen, umschrieben[21].

Ähnlich weit ist die Formulierung bezüglich der Art und Weise, wie sich der Verwaltungsrat der Gesellschaftsangelegenheiten anzunehmen hat: Der Urquell anglo-amerikanischen Rechts, das "common law", verlangt gebührende (due care) bzw. angemessene (reasonable care) Sorgfalt[22]. Ende des letzten Jahrhunderts gab der US-Supreme-Court dieser beinahe als Orakel anmutenden Umschreibung folgenden Inhalt: Die aktienrechtliche Verwaltung sei mit demjenigen Mass an Sorgfalt zu erledigen, das gewöhnlich vor(aus)sichtige und sorgfältige Leute unter ähnlichen Umständen anwenden würden[23,24]. Ob diese Formel die gewünschte Erleuchtung gebracht hat, mag dahingestellt bleiben; sie wird als nicht auf die heutigen Verhältnisse zugeschnitten erachtet, und mehr und mehr Staaten unterziehen ihre Aktiengesetze einer auf konkretere Aussagen abzielenden Revision[25].

3. Der MBCA[26] und die Welle neuer Gesetzeslegungen[27]

In seiner revidierten Fassung vom 21. September 1974 bestimmt der MBCA in Section 35, dass der Verwaltungsrat seinen Pflichten nachkommen solle "in good faith, in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation,

20 Vgl. Business Roundtable 2096.

21 Ders., 2097: "... corporate affairs be 'managed' by the board, or 'managed under the direction of ... the board'." Sheehan 1: "The business of every corporation shall be managed by a board of directors .." (= 25–208 (4830) The Indiana General Corporation Act). Calfas 821; Caplin 59.

22 Vgl. Wever 78.

23 Vgl. Briggs v. Spaulding, 141 US 132 (1891), zit. bei Wever 78: "(...) the degree of care 'which ordinarily prudent and diligent men' (Sheehan (7) schreibt: "average prudent man") would exercise under similar (Sheehan (7): "the same or similar") circumstances."

24 Das kalifornische Recht vor der Revision von 1975 fand eine noch nichtssagendere Formulierung: "Directors ... shall exercise their powers in good faith, and with a view to the interest of the corporation" (Präambel zu Sec. 820 Cal. Corporations Code); vgl. Stern 1269.

25 Vgl. Calfas und Stern zum neuen kalifornischen General Corporations Law (GCL); Wever 79.

26 MBCA = Model Business Corporation Act, ein Modellgesetz der amerikanischen Bar Association (fortan ABA), das einen beachtlichen Einfluss auf die Gesetzeslegungen der Bundesstaaten hat.

27 Ich beschränke mich zur Hauptsache auf kalifornisches Recht, das mir zur Verdeutlichung des Problems repräsentativ genug erscheint.

and with such care[28] as an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances"[29].

Das GCL[30] vom 2. Januar 1975 adoptiert im wesentlichen die Fassung des MBCA. Der Sorgfaltsmassstab ist in folgende Worte gefasst:

"A director shall perform (his) duties ... in good faith, in a manner (he) believes to be in the best interests of the corporation and with such care, *including reasonable inquiry*, as an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances"[31].

Nach wie vor weist eine Generalklausel die Verwaltung dem Verwaltungsrat zu[32] mit dem Unterschied allerdings, dass bestimmt wird, die Gesellschaftsangelegenheiten seien durch oder unter Anweisung des Verwaltungsrates zu erledigen[33]. Das neue kalifornische GCL geht damit einen Schritt weiter als der MBCA, indem es dem Verwaltungsrat explizite die Delegation der "day-to-day operation" erlaubt, dies allerdings unter der letztendlichen Führung des Verwaltungsrates[34].

4. Bedeutung dieser Gesetzesformeln

a) *Allgemeines:* Mit der Gesellschaftsgrösse geht nicht nur die Einheit von Eigentum und Herrschaft in die Brüche, sondern auch die Einheit der Meinungen über die Kontrollfunktion von Verwaltungen körperschaftlicher Riesen. Die Vorschläge, wie dem Problem zu begegnen sei, reichen weit (Committee of overseers (outsiders) with independant staff; European two tier system; Professional or "paid" director; Officers of the board (Verwaltungsräte, die sich einige Tage pro Monat mit den Angelegenheiten der Gesellschaft abgeben – neben ihren Pflichten als Verwaltungsräte); Counsel to the board; Staff officer assigned to the board; Procedure Committee – to guide management action and to channel information to the board

28 Die Formulierung der alten Fassung "with such diligence, care and skill" (Wever 79) wurde fallengelassen, da "in point of fact, skill in the sense of technical competence in a particular field, has never been regarded as a qualification for the office of director": so das "Committee on Corporate Laws" der ABA, zit. bei Calfas 829. Der aussenstehende Betrachter trägt schwer an der Entscheidung, was ihn mehr erstaunt, die Tatsache, dass die Termini "diligence" und "skill" fallengelassen wurden, oder die Begründung.

29 Stern 1275; im vollen Text Calfas 828, Anm. 36.

30 General Corporations Law, in Kraft seit 1. Januar 1977.

31 Vgl. Stern 1275.

32 Vgl. für den MBCA: Calfas 828, Anm. 36.

33 Ders., Anm. 36: "All corporate powers shall be exercised by or under authority of, and business and affairs of a corporation shall be managed under the direction of a board of directors, except as may be otherwise provided in this Act or the articles of incorporation." Ders., 823, GCL Sec. 300a: "... the business of the corporation shall be managed by or *under the direction* of the board."

34 Ders., 824.

about this action; Audit Committee on financial reporting; Audit and appraisal of management (committee))[35].

Während die vorgehende Liste eine Reihe bedenkenswerter Vorschläge zur vermehrten Partizipation von Outsidern[36] an den Gesellschaftsangelegenheiten enthält, gehen andere Vorschläge m.E. etwas zu weit, so beispielsweise Prof. Schwartz' Idee eines privaten oder öffentlichen Überwachungsausschusses[37]. Bei solchen Extremreaktionen in der Diskussion um die Überwachung von Grossgesellschaften und den Aktionärsschutz angelangt, scheint mir die Frage berechtigt, ob hier nicht ein wenig sachdienliches, grundsätzliches Misstrauen institutionalisiert wird; die Frage auch, wie weit über die Unternehmenshierarchie hinaus ein Überwachersystem ausgebaut werden sollte: Wer – so muss konsequenterweise gefragt werden – verdient denn das Vertrauen, letzter Überwacher zu sein?

In den folgenden zwei Abschnitten möchte ich einige Meinungen zum Thema "Pflichten des Verwaltungsrates" anführen[38], die ein unternehmerisches System von "checks and balances" auf qualitativem Weg anstreben, und sodann die Problematik der neuen "standards of care" aufzeigen[39].

b) *Pflichten der Verwaltungsräte:* Peter Drucker soll den Verwaltungsrat als "impotent ceremonial and legal fiction" bezeichnet haben[40]. Angesehene Mitglieder von Geschäftswelt und Wissenschaft halten dafür, dass ein Verwaltungsrat ausschliesslich beratende Funktion habe, praktisch keine Entscheidungsgewalt besitze, gravierende Fehler begehe, wenn er sich ins Management einer Gesellschaft einmische, ja überhaupt nicht gerüstet sei, eine Gesellschaft zu managen[41], lediglich dazu da sei, die Delegation der "day-to-day operations" zu bestimmen, einen gewissen disziplinarischen Wert besitze und in Krisensituationen zu handeln habe[42].

Was sind nun aber die Pflichten des Verwaltungsrates wirklich? Trotz einer Fülle von Fällen zum Verantwortlichkeitsrecht haben die Gerichte keine diesbezüglichen Hinweise gegeben[43], was nicht weiter verwunderlich ist, denn dies ist – entgegen den offensichtlichen Meinungen der in Anm. 43 zitierten Autoren – keinesfalls deren Aufgabe.

35 Caplin 74 ff.
36 Caplin 74.
37 Bei Calfas 826: "... private or governmental panel to oversee the boards of directors and to insure the protection of the shareholder interests."
38 Vgl. hinten b).
39 Vgl. hinten c).
40 Vgl. Lenhart 84.
41 Eine Behauptung, der man Glauben zu schenken gewillt ist, wenn man die Hintergründe des Penn Central-Falles liest: vgl. Schwartz 394 ff.
42 So bei Calfas 822 f. Zur Handlung in Krisensituationen: vgl. Carley/Thurow (1/8) zur eher dramatischen Absetzung des "Chairman of the Board" der Braniff Airlines; fraglich bleibt, ob diese Aktion sämtliche Aktionäre über ausgewiesene Verluste von US-$ 154 Mio. (für 1978/79) hinwegtrösten wird.
43 Vgl. Calfas 821; Caplin 59.

Ich halte mich für die folgenden Ausführungen im wesentlichen an die Äusserungen des "Business Roundtable", einer Organisation von 180 "Chief Executive Officers" von Grossunternehmungen in den USA, worin sie sich zu Rolle und Zusammensetzung des Verwaltungsrates von Grossunternehmungen ausgesprochen hat:

- *Grundlagen*[44]: Grossgesellschaften haben ihre Dominanz dadurch erreicht, dass sie in einem offenen Markt im Angebot von Waren und Dienstleistungen gegen ihre Konkurrenz haben bestehen können. Sie werden erfolgreich bleiben in dem Masse, in dem sie der Öffentlichkeit von Nutzen sind. Um übermässige Macht zu verhindern, sind sie gewissen Kontrollmechanismen zu unterwerfen. Diese Mechanismen bestehen primär in Konkurrenz und Marktverhältnissen, sodann rechtlichen Rahmenbedingungen (Staats- und Bundesgesetze[45]), die – verstärkt durch zivile und strafrechtliche Sanktionen – ein beeindruckendes System der Abschreckung von Missverhalten darstellen. Zudem unterliegen jegliche wirtschaftlichen Organisationen der steten Überwachung durch die Medien – "and this potential for adverse publicity affecting the opinions of share owners, employees, customers, the political authorities and the general public is a powerful constraint on corporate behavior"[46].

- *Hauptsächlichste Kritik an den momentanen Verhältnissen:*
  - Die Verwaltungsräte investieren zu wenig Zeit für ihre Aufgabe.
  - Sie werden vom Chief Executive Officer ausgesucht und sind ihm "hörig" (submissive); die Aktionäre hingegen haben keinen Einfluss auf die Wahl der Verwaltung.
  - Die Verwaltungsräte sind schlecht informiert und daher auch unfähig, ihre Aufgaben zu erfüllen.
  - Die Verwaltungsräte sind zu homogen zusammengesetzt "... and therefore will not rock the boat"[47].

  Reaktion der Wirtschaft auf diese Kritik[48]: Um der vorgehenden Kritik zu begegnen, schlägt der Business Roundtable die Verbesserung des Informationssystems vor, das die Verwaltungsräte zu vermehrter Partizipation an Gesellschaftsangelegenheiten ermuntern und befähigen soll, sodann die Schaffung eines

44 Business Roundtable 2090 f.
45 Business Roundtable 2090 f.: "... antitrust laws, Federal securities laws, state corporate laws, Federal regulations governing employment opportunity, bargaining in the employment relationship, wages and hours, employee safety, and operation of employee benefit plans, Federal laws regulating environmental effects, product safety, consumer warranties, consumer advertising and consumer credit etc." A.M. bezüglich des Abschreckungseffekts all dieser Gesetze: Stone 88 ff. und 93 ff.
46 Business Roundtable 2091.
47 Ders., 2092.
48 Ders., 2092 ff.

Wahlkomitees aus einer Mehrheit von Outsidern, weiter eine Regelung durch die SEC, wonach den Aktionären ein Vorschlagsrecht einzuräumen ist, endlich die Beachtung einer gewissen Breite bezüglich Ausbildung und Erfahrung der zur Wahl Vorgeschlagenen. Schliesslich bemerkt der Business Roundtable zusammenfassend, dass Effektivität und Qualität der im Verwaltungsrat geleisteten Arbeit nicht allein von der auf die Pflichten verwendeten Zeit abhängig sei, sondern ebensosehr – neben guter Information – von exakter Komiteearbeit und Qualität und Charakter der beteiligten Verwaltungsräte und Topmanager. Des weiteren werden im "Statement of the Business Roundtable" folgende vier Funktionen zum Hauptinhalt der Formulierung "the corporate business shall be managed by or under the direction of a board of directors" erkoren:

- Wahl und Nachfolgebestimmung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Diese Aufgabe erschöpft sich nicht einfach in Wahl und Abberufung der genannten Gremien bzw. ihrer Mitglieder; vielmehr ist eine langfristige Planung zu erstellen, die eine Wahl nach Zufall und Neigung verunmöglicht bzw. ersetzt durch die *stete* Evaluation.
- Gesellschaftliche Handlungen und Entscheidungen von grosser wirtschaftlicher Tragweite: Gemeint ist damit einerseits die Überwachung des finanziellen Gebarens der Gesellschaft[49], andererseits aber auch die Begutachtung der Investitionspläne der Gesellschaft.
- Berücksichtigung des Verhältnisses der Gesellschaft zu ihrem sozialen Umfeld (corporate social responsibilities): Die unternehmerische Aktivität geschieht nicht im luftleeren Raum: Ihre Einwirkungen auf das soziale Umfeld sollen einbezogen werden in die unternehmerische Entscheidung, allerdings mit den solchen Rücksichten gesetzten Grenzen[50].
- Einhaltung des Rechts: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sollen nicht zu Garanten für die Einhaltung des Rechts gemacht werden; vielmehr ist es ihre Aufgabe, Politik und Prozedere festzulegen, damit die Einhaltung des Rechts ermöglicht wird.

Diesen als "key obligations" bezeichneten Aufgaben kann der Verwaltungsrat nur nachkommen, sofern er über ein taugliches Informationssystem die erforderlichen Diskussions- und Entscheidungsgrundlagen erhält. Voraussetzung für sein Tätigwerden sind demzufolge Errichten, Erhalten bzw. stetes Überprüfen des Informationsflusses.

49 Business Roundtable 2098: "... continuing check on financial results and prospects, including profit and loss and cash flow by major business segments ... Normally (...) corporate resource allocation decisions will be embodied in corporate 'strategic plans' and board consideration of such plans should be an integral part of the strategic planning process."

50 Gewinnstrebigkeit kann als Hauptziel der Unternehmung nicht total aufgegeben werden zugunsten der Arbeitsplatzsicherung; Investitionsmöglichkeiten können nicht Profitgarantien bedeuten; Grossunternehmungen können nicht von sich aus aussenpolitische Probleme lösen – "... issues involving relations with other countries or US military policy" usw.

- *Schluss des Statements*[51]: "None of these formal and procedural mechanisms can be a substitute for the individual integrity and sense of professionalism of corporate managers. Neither can they be a substitute for a relationship of mutual trust between the board and top management. These are the keys to lawful and ethical corporate behavior – as they are the keys to effective corporate performance generally."

Von ausschlaggebender Bedeutung ist sodann die Bemerkung, dass dem Management die Initiative in all den vier zitierten Bereichen zukomme. Dies kann nur bedeuten, dass dem Verwaltungsrat die Organisationsverantwortung zukommt, d.h. die Pflicht, dazu zu sehen, dass all die erwähnten Dinge getan werden, nicht aber, dass der Verwaltungsrat sich selbst – bei der Durchführung – in den Arbeitsprozess einzuspannen hätte[52].

c) *Einige Worte zur Formulierung der Sorgfaltsstandards:* Eine nähere Betrachtung der vorne in Ziff. 3 eingeführten Formulierungen drängt sich bezüglich folgender Termini auf:

aa) *"good faith" und "the best interest of the corporation":* Die Formulierung, D & O sollen in "good faith" handeln, wird als eine eher bedeutungslose Formulierung abgetan[53]. Ganz anders verhält es sich mit der Verpflichtung, "in the best interest of the corporation" zu handeln: Der Verwaltungsrat wird ausdrücklich auf die der Gesellschaft geschuldete Treue hingewiesen. Im Klartext umfasst dies die Wahrung der Gesellschaftsinteressen zu jeder Zeit, im speziellen aber bei Interessenkonflikten, und die Pflicht zur Verschwiegenheit[54].

bb) *"ordinary prudent person":* Diese Formulierung ergeht aus der Tradition des "common law" und bezieht sich auf die drei hauptsächlichsten Eigenschaften, die einem Verwaltungsrat zugeordnet werden, nämlich "common sense, practical wisdom and informed judgment"[55]. M.E. ist es allerdings fraglich, ob diese Auslegung effektiv dem Wortlaut entspricht. Weiter hinten werden wir sehen, dass eine seltsame Diskrepanz zwischen den Auslegungen der einzelnen Teile der Sorgfaltsdefinition bzw. den sich daraus ergebenden Anforderungen an die Verwaltungsräte besteht[56].

51 Business Roundtable 2102.

52 Vgl. zum Ganzen die in etwa identischen Vorschläge des National Industrial Conference Board and the American Society of Corporate Secretaries von 1962 bei Wever 78; Calfas 821 ff.; aber auch Estes bei Sheehan 67 bzw. 36, Estes Rule: "I^3-Se = Pm: Inquiry times Information times Involvement without Self-enrichment leads to Peace of mind."

53 Stern 1270: "No statute is needed to declare that directors should not act in bad faith."

54 Stern 1270. ABA Guidebook 1599 f.: "Duty of Loyalty" umfasst die Gesichtspunkte: "Conflict of Interest, Duty of Fairness, Corporate Opportunity, Confidentiality." Ders., 1601.

55 Vgl. Kommentar der ABA bei Stern 1276.

56 Vgl. hinten dd).

cc) *"in a like position"*: Dieser Bezug ist gemäss dem Kommentator der ABA nicht weiter problematisch; er weist lediglich auf die Sorgfalt hin, die eine durchschnittlich sorgfältige Person in der zur Beurteilung stehenden Position anzuwenden gehabt hätte[57]. Hier wird offenbar in der Objektivierung der Sorgfalt eine Angleichung an die von der beurteilten Person eingenommene Position vorgenommen, m.a.W. die Haftung verschärft.

dd) *"under similar circumstances"* will sagen, dass Natur und Ausmass des Versehens im Lichte von Grösse, Komplexität und Lokalität der von der Gesellschaft bewirkten Handlungen zu sehen sind, und weiter, dass sich die Beurteilung allein auf Umstände zur Zeit der Handlungen abzustützen hat – ein "judgment by hindsight" soll ausgeschlossen sein!

Entgegen der kalifornischen Version kommt dieser Wendung nach Auslegung der ABA noch eine weitere, sehr wichtige Bedeutung zu: Sie soll auch Bezug nehmen auf die persönlichen Qualifikationen des einzelnen Verwaltungsrates (Ausbildung und Erfahrung), was für die einzelnen Verwaltungsräte eine erhebliche Haftungsverschärfung mit sich brächte. Die kalifornische Argumentation geht dahin, dass der Einbezug persönlicher Qualifikationen der Objektivierung des Sorgfaltsmassstabes entgegenstünde und es nicht anginge, mit speziellen Qualifikationen als Jurist, Bankier usw. eine verschärfte Haftung für normale Verwaltungshandlungen zu begründen.

Diese Argumentation geht in dreierlei Hinsicht fehl:

- Erstens abstrahiert ein objektivierter Sorgfaltsmassstab keineswegs von persönlichen Qualifikationen[58], sondern lediglich von persönlichen Handlungen. Die Frage ist nicht, wie hätte ein durchschnittlich sorgfältiger Mensch in dieser Situation gehandelt, sondern, wie hätte er, ausgestattet mit den besonderen Vorteilen an Ausbildung und Erfahrung, gehandelt: Auch Menschen mit ausserordentlichen Qualitäten können durchschnittlich sorgfältig handeln!
- Zweitens stimmt diese Argumentation nicht mit der vorne unter bb) "in a like position" dargestellten Auslegung überein. Dieser Terminus nimmt ja gerade Bezug auf die spezielle Situation des einzelnen Verantwortlichen.
- Drittens nimmt der Kommentar der ABA Bezug auf eine spezielle Aufgabe, die einem dafür speziell qualifizierten Verwaltungsrat zugeordnet wurde[59].

57 Vgl. Kommentar der ABA bei Stern 1277.

58 Vgl. vorne Kap. 1, § 1 II. 2. b) bb). So auch Brown, R.E., G6 für das englische Recht: "The degree of skill required (...) is ascertained by a subjective test having regard to the knowledge and experience of the individual director."

59 "... may place a measure of responsibility upon such director in passing on a particular problem which may differ from that placed upon another director." Vgl. Stern 1277; in diese Richtung zielt auch ein Vorschlag von Prof. M.C. Lynch (1914), die Verwaltungsräte bezüglich Sorgfaltsstandard in verschiedene Klassen einzuteilen (insider – outsider), vgl. bei Stern 1271.

ee) *"reasonable inquiry":* In Abweichung vom MBCA hält das kalifornische Recht eine ausdrückliche Pflicht zur Ermittlung fest[60,61].

Zu Recht bestand in diesem Punkt keine Einigkeit in der beratenden Kommission[62]:

Zugunsten dieser Spezifikation des Sorgfaltsstandards wurde angeführt, dass der "reasonable diligence standard" die Pflichten des Verwaltungsrates bei Entdeckung einer Unkorrektheit zu wenig präzise erfasse[63]. Eine derartige Argumentation mutet seltsam an und kann nur als wohl unbewusster Versuch verstanden werden, die Kasuistik des Richterrechts ins gesetzte Recht zu übertragen; eine wenig empfehlenswerte Tendenz.

Der Verwaltungsrat eines Grossunternehmens, dessen wohl wichtigstes Arbeitsmittel die Delegation von Kompetenzen darstellt, hat vielmehr ipso iure das Recht und die Pflicht, Ermittlungen anzustellen, wann immer es ihm gerechtfertigt erscheint, ganz zu schweigen davon, dass diese Aufgabe ohne besondere Erwähnung Bestandteil jeder sorgfältigen Verwaltung ist. Die Frage ist einzig, *wann* Ermittlungen angestellt werden sollen. Die Ermittlungspflicht kann m.E. nicht bedeuten, dass der Verwaltungsrat einen Spionageapparat in der Unternehmung aufbaut[64]. Es darf diesbezüglich wohl auf den Verwaltungsrat angewendet werden, was der englische Appellationshof Ende des letzten Jahrhunderts über den Buchprüfer gesagt hat: "He is a watchdog, but not a bloodhound"[65]. Der Verwaltungsrat ist vielmehr berechtigt, auf die Richtigkeit der ihm unterbreiteten Informationen zu vertrauen, vorausgesetzt allerdings, dass die Informationen von kompetenten Leuten stammen[66].

d) *Die "business judgment rule" (BJR):* Die BJR schützt die Verwaltungsräte vor Verantwortlichkeit, sofern "(they) ... arrive at a decision, within the corporation's powers ... and their authority, for which there is a reasonable basis, and they act in good faith, as the result of their independant discretion, and jugment, and uninfluenced by any other consideration other than what they honestly believe to be in the best interests of the corporation"[67].

Die Meinungen zur BJR sind kontrovers: Ist die BJR Schutz des fahrlässigen Verwaltungsrates[68] oder verhindert sie lediglich, die oberste gesellschaftliche Instanz zum Garanten des Unternehmenserfolges zu machen?

60 Vgl. Stern 1275.
61 In einem Entwurf wurde obendrein noch darauf hingewiesen, dass Ermittlungen dann anzustellen seien, "... when the need therefor is indicated by the circumstances". Vgl. Entwurf zu Sec. 309(a) GCL bei Stern 1274.
62 Stern 1275 unten.
63 Stern 1274.
64 Vgl. Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co Del. Ch. 78, 85, 188 A 2d 125, 130 (Sup. Ct 1963), zit. bei Caplin 60.
65 Vgl. Sheehan 132.
66 Calfas 820 f., 835 f.; Caplin 60.
67 Henn (1961) 364, zit. bei Sheehan 42; vgl. auch die Formulierung in Columbia Law Review 725.
68 Vgl. Columbia Law Review 725.

M.E. kann nur letzteres zutreffen. Zwar besteht unter einzelstaatlichem Recht kaum Einigkeit in der Frage, ob Verantwortlichkeit auch für leichte Fahrlässigkeit (mere negligence) bestehe[69], doch scheint mir die Entlastung durch die BJR nur dann gerechtfertigt, wenn die in Frage stehenden Handlungen auch in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Sorgfaltsmassstab ausgeführt wurden[70]. Dergestalt hat die BJR eine Komplementärfunktion zum Sorgfaltsmassstab.

III. Sorgfaltsmassstab und Pflichten für D & O gemäss den Federal Securities Laws

1. Allgemeines

Wie die eben gemachten Ausführungen andeuten, besteht schon unter einzelstaatlichem Recht ein weites Feld für gegenteilige Meinungen in der Abgrenzung von Sorgfalt und Fahrlässigkeit. Doch sind es nicht die einzelstaatlichen Gesetze[71], die die Verwaltungsräte schwitzen machen, sondern die durch die SEC zur Geltung gebrachten "securities laws"[72].

2. Die Problemkreise

Der scharfe Wind weht aus den drei Richtungen:

- Prospekthaftung
- Proxy solicitation
- Kauf und Verkauf von Wertpapieren.

3. Die Prospekthaftung[73]

Section 11 des Securities Act von 1933 (SA) unterwirft jedermann, der z.Z. der Eingabe an die SEC Verwaltungsrat war, der Verantwortlichkeit für Schaden, der

69 Caplin 60 f., vgl. insbes. 60 Judge Hand's einflussreiche Meinung: "No men of sense would take office, if the law imposed upon them a guarantee of the general success of their companies as a penalty for any negligence."

70 So auch Calfas 831 und dort zit. Entscheide.

71 Auf diesem Niveau wird wohl, wie einmal etwas spitz formuliert wurde, zu sehr um Gesellschaftsniederlassungen gebuhlt, als dass zu strenge Anforderungen an die Sorgfalt der Verwaltungen gestellt würden.

72 Caplin 61 ff.; Schwartz 394 ff. zum Penn Central-Debakel.

73 Vgl. dazu Caplin 63 f.

aus falschen Angaben im Prospekt erwächst. Ein Weg zur Entlastung des Verwaltungsrates führt über seinen Rücktritt vor Inkrafttreten der Registrationserklärung an die SEC und die Erklärung an Gesellschaft und SEC, dass er die Haftung ablehne. Hinzu kommt – sofern die Registrationserklärung ohne sein Wissen in Rechtskraft erwachsen ist – eine öffentliche Erklärung, dass dies ohne sein Wissen geschehen sei.

Ansonsten hat der Verwaltungsrat seinen Pflichten unter Sec. 11 SA mit jener angemessenen Sorgfalt (reasonable care) nachzukommen, die ein vor(aus)sichtiger Mann bei der Verwaltung seines Eigentums anwendet. Diligentia quam in suis? Weit gefehlt! Er hat zu beweisen, dass er nach angemessenen Nachforschungen (reasonable investigation) gültige Gründe (reasonable ground) hatte, zu glauben und wirklich auch glaubte, dass die Registrationserklärung wirklich auch dem Gesetz entspreche.

Auf die Darstellungen des Managements kann er sich nicht gemeinhin abstützen, sondern nur in speziellen Situationen, in denen er sich mit gutem Grund ("had good reason to rely and in good faith did rely") darauf abstützen konnte; ansonsten hat er seine eigenen sorgfältigen Untersuchungen anzustellen. Ob er angemessene Sorgfalt (due diligence) hat walten lassen, ergibt sich aus seiner Funktion in der und seinem Verhältnis zur Gesellschaft und ihren Geschäften[74]. Die Beurteilung der Haftung erfolgt hier im Lichte der individuellen Situation des einzelnen Verwaltungsrates; eine Beurteilungsweise, die unter einzelstaatlichem Recht abgelehnt wurde[75].

4. Proxy solicitation[76]

Section 14 des Securities Exchange Act von 1934 (SEA) befasst sich mit der Haftung für fehlleitende Handlungen im Rahmen der Aktionarsvertretung (misleading proxy solicitation). Der anzuwendende Sorgfaltsmassstab ist derselbe wie bei der Prospekthaftung; gehaftet wird ebenfalls für leichte Fahrlässigkeit (mere negligence); die erforderliche Sorgfalt wird wiederum auf individueller Basis bestimmt.

5. Kauf und Verkauf von Wertpapieren[77]

Section 10(b) und Rule 10b-5 des SEA 1934 regeln die Verantwortlichkeit für Schaden im Zusammenhang mit Kauf und Verkauf von "securities", bewirkt durch Fehl- oder unterlassene Erklärungen. Die Gerichte sind sich hier nicht einig, ob

74 Caplin 64.
75 Vgl. vorne bei Anm. 58.
76 Caplin 64 f.
77 Caplin 66, insbes. der dort zit. Fall Lanza v. Drexel & Co. 479 F 2d 1277 (2d Cir. 1973).

leichte Fahrlässigkeit für Verantwortlichkeit genügt, ein "flexible duty standard"[78] anzuwenden sei oder ob nur wissentliche Abgabe von Fehlinformationen (willful or reckless disregard for the truth) zur Haftung führe, da Rule 10b-5 zur Verhinderung von Betrug geschaffen worden sei.

6. Das "controlling person"-Konzept[79]

Nebst den beschriebenen Haftungssituationen mag ein Verwaltungsrat auch automatisch mit der Verurteilung des Hauptschuldigen (principal wrongdoer) haftbar werden, sofern er als "controlling person"[80] eingestuft wird. Verschärft wird diese Situation durch die Erklärung der SEC (Commissionar Sommer), bis zum Beweis des Gegenteils sei jeder Verwaltungsrat als "controlling person" zu betrachten.

7. Das "aider and abettor"-Konzept[81]

Hiernach kann ein Verwaltungsrat nicht nur bei Wissen und positiver Beihilfe als Gehilfe und Anstifter haftbar werden, sondern auch bei fahrlässiger Unterlassung (negligent inaction).

8. Ergebnis

Hat jener Autor recht, der schrieb, die Pflichten des Verwaltungsrates verschöben sich "from the duty to direct to the duty to protect"? Ja und nein, möchte man sagen, denn ein Verwaltungsratsposten vereinigt beide Pflichten auf sich. Der Schauder, der dem amerikanischen Verwaltungsrat über den Rücken läuft, hat seinen Grund denn auch nicht zur Hauptsache in der verschärften Haftung an sich, sondern in der fehlenden Einheit des Verantwortlichkeitsrechts[82] einerseits und der nahezu absoluten Verantwortlichkeit, zu der ein Schwall von Verantwortlichkeitsklagen unter Rule 10b-5 geführt hat, andererseits; absolut deshalb, weil der Verwaltungsrat

78 Caplin 66: "... to examine the totality of the factual context and measure it by the duty imposed on the defendant."
79 Caplin 67.
80 Haupt- oder Grossaktionär, Mitglied eines Exekutivausschusses usw.
81 Caplin 67.
82 Johnston 2035: "The vagaries of 'public policy' and interpretation of ambiguous statutes and by-laws are too uncertain to provide corporate managers with adequate knowledge of the legal risks that they are assuming", was – so ist wohl beizufügen – auch für die Versicherer von D & O-Risiken zutrifft.

– verurteilt oder nicht – in jedem Fall mit einem exorbitanten Aufwand an Zeit und Geld rechnen muss[83].

IV. ERISA[84]

Die ERISA-Gesetzgebung ist grundsätzlich auf den "prudent man"-Standard ausgerichtet, wobei allerdings auch die Meinung vertreten wird, mit ERISA habe ein "prudent expert"-Standard ins Verantwortlichkeitsrecht Einzug gehalten[85]. Wie dem auch sei, das grundsätzliche von ERISA erzeugte Problem liegt auf einer anderen Ebene. ERISA verpflichtet die "plan fiduciaries", ihr Handeln ausschliesslich auf die Interessen der Begünstigten auszurichten[86]. Personen, die in Personalunion sowohl Directors oder Officers einer Gesellschaft als auch Organe von deren Pensionsfonds sind, können sich daher leicht einem anhaltenden Interessenkonflikt ausgesetzt sehen[87], sind sie doch im Rahmen ihrer Organstellung dem "best interest of the corporation and its shareholders" verpflichtet. Auch hier hat offensichtlich keine Harmonisierung der Interessen stattgefunden. Wenig Trost bedeutet dabei Knepper's Ausspruch, ERISA sei ein Stück unüberlegter Gesetzgebung.

83 Vgl. Hershman 267; Knepper, Troubled Corporations, 389 und Sheehan 13 zum Bar Chris-Fall hinsichtlich Haftungsverschärfung.
84 Employee Retirement Income Security Act von 1974.
85 Vgl. Hershman 293. Dem sozialen Engagement dieses Gesetzes entsprechend wäre eine solche Verschärfung der Haftung allerdings kaum verwunderlich.
86 Vgl. Golden 14 (bzw. 13 ff. zur prägnanten Übersicht über ERISA).
87 Hershman 293.

§ 7 Das Indemnifikationsrecht

I. Einleitende Bemerkungen

Das Indemnifikationsrecht bildet die Brücke zwischen der Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung und der Versicherung dieser Haftung.

Als "agents" der Gesellschaft[1] haben D & O einen Anspruch auf Erstattung der in Ausführung ihres Auftrages gemachten Auslagen[2]. Aufzuzeigen, inwieweit diese Ansprüche auch Auslagen aus Verantwortlichkeitsverfahren einbeziehen bzw. welches die Voraussetzungen für die Erstattung sind, ist Aufgabe dieses Paragraphen[3].

II. Zur Geschichte der Indemnifikation

Das vorne (I.) erwähnte Entlastungsprinzip wurde im Falle New York Dock Co v. McCollum[4] bezüglich der Kosten aus Gerichtsverfahren über den Haufen geworfen. Die Richter fanden, die erfolgreiche Verteidigung der involvierten Verwaltungsräte in der "derivative action" sei nicht von Nutzen für die Gesellschaft, weshalb die Erstattung der Verteidigungskosten als "ultra vires"-Handlung zu werten und deshalb unerlaubt wäre[5].

Dieser Entscheid gab den Anstoss für die gesetzliche Regelung des Problems zuerst in New York 1941, dann in Delaware 1943 und nach und nach in allen 50 Staaten sowie dem "District of Columbia", in Puerto Rico und den Virgin Islands[6].

Die ersten "indemnification statutes" hatten einige Schwächen, die die einzelnen Staaten, angeführt von New York und Delaware, dazu brachten, diese wichtigen Gesetze zu überdenken[7]. Wiederum war und ist der MBCA in der Behandlung des Problems richtungweisend[8].

1 Vgl. aber den Hinweis bei Johnston (1994), wonach die Stellung der D & O als "agents" der Gesellschaft nicht unangefochten war.

2 Heyler 1256. Johnston 1994: "It is a recognized principle in the common law of agency that a principal is subject to indemnify an agent for damages the agent is required to pay to a third person on account of the authorized performance by the agent on an act constituting a tort or breach of contract" und dortige Quellen in Anm. 3.

3 Bezüglich der Zulässigkeit der Indemnifikation bzw. deren Übereinstimmung mit der public policy (= ordre public) vgl. hinten Kap. 3, § 10.

4 Vgl. 16 N.Y. 2d 844 (S. Ct 1939)

5 Vgl. Johnston 1994 f.; Sheehan 2.

6 Vgl. Sheehan 2, 41.

7 Johnston (1995) erwähnt als Hauptschwäche der "permissive form", dass sie der Gesellschaft lediglich das Recht zugestehe, nicht aber die Pflicht auferlege, ihre D & O unter bestimmten Umständen zu entlasten.

8 Vgl. Johnston 1995; Knepper 240; McAdams 2127.

III. Klärung einiger Termini

1. Die Termini

Das amerikanische Indemnifikationsrecht entspricht in seiner verwirrenden Vielfalt absolut dem Verantwortlichkeitsrecht. Für das Verständnis des Indemnifikationsrechts unumgänglich ist vorweg die Klärung zweier Begriffspaare:

a) *"exclusive – non exclusive statutes":* Eine erste Unterscheidung ist in quantitativer Hinsicht zu treffen: Die Indemnifikationsgesetze sind entweder "exclusive" oder "non exclusive", d.h. sie umschreiben die Fälle, in denen Indemnifikation erlaubt ist, entweder abschliessend[9] oder aber belassen den Gesellschaften Raum, die Fälle zu bestimmen, in denen sie Indemnifikation gewähren wollen[10].

b) *"mandatory – permissive statutes":* Die zweite hauptsächlichste Unterscheidung ist eine qualitative. Sie bezieht sich auf die Art des Erstattungsanspruchs. Während ein "mandatory statute" dem Verwaltungsrat – sofern er gewisse Voraussetzungen erfüllt – den Anspruch ex lege zuhält, erklärt ein "permissive[11] statute" die Gesellschaft für zuständig, zu entscheiden, ob Indemnifikation zugesprochen werden solle[12]. Beizufügen ist, dass letztere Unterscheidung nicht in absoluter Reinheit durchgeführt zu werden braucht: So weist etwa der MBCA sowohl "permissive"- als auch "mandatory"-Regelungen auf[13]. Sodann ist auf eine dritte Art Indemnifikationsregelung hinzuweisen, die jegliche Indemnifikation nur unter der Voraussetzung gerichtlicher Zustimmung zulässt[14].

2. Voraussetzungen der Indemnifikation

a) *"mandatory indemnification":* D & O haben einen gesetzlichen Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten, einschliesslich Anwaltshonorare, sofern sie in den gegen sie angestrengten Verfahren[15] erfolgreich sind – "successful on the merits"[16].

9 Vgl. McAdams 2126. Sheehan 2: "Limits indemnification to cases in which there is a successful defense or equitable entitlement to indemnity is found by the court or some impartial authority, such as directors who are not themselves involved or independant counsel."

10 In letzteren Fällen (non exclusive) findet die Indemnifikation ihre Grenzen in der public policy: so McAdams 2126, Anm. 23.

11 Auch "enabling statute" genannt.

12 Vgl. McAdams 2126.

13 Ders., 2128.

14 Knepper, Update, 952.

15 Del. Code Ann. tit. 8, § 145(c) (Supp. 1968): "... defense of any derivative action, suit, or proceeding, or in the defense of any claim, issue or matter therin", bei Knepper 241.

16 Knepper 241 zum Delaware Code.

Wenngleich diese Regelung zu den hauptsächlichsten zählt, gibt es auch hier gewichtige Ausnahmen: So darf die Erstattung nach New Yorker Recht nur auf Zuspruch des Gerichtes hin erfolgen[17]. Die Formulierung "... successful on the merits ..." wird in vielen Fällen ergänzt durch die zwei Wörter "... or otherwise ...". Sie bedeuten, dass der Erfolg nicht über die Entscheidung der Schuldfrage erreicht zu werden braucht, sondern dass auch Erfolge wegen fehlender Klagbarkeit des Anspruchs (Verjährung) oder anderer Gründe prozessualer Natur zur Entlastung führen[18]. Als Begründung wird angeführt, der Beklagte solle nicht gezwungen werden, hohe Kosten für eine Verteidigung zur Sache (defense on the merits) in Kauf zu nehmen, wenn er es bei einer "technical defense" bewenden lassen könne[19]. Um zu verhindern, dass Beklagte, denen nur gerade eine "technical defense" zur Verfügung steht, in den Genuss dieser Regelung kommen, verlangt das New Yorker Recht eine gerichtliche Beurteilung der Indemnifikationswürdigkeit des Antragstellers[20]. Dass eine solche Regelung nicht allgemein gültig ist, zeigt das Aktienrecht von Delaware, das in einem Effort "to maintain a favorable business climate and to encourage corporations to make Delaware their domicile" davon abgesehen hat[21]. Fraglich ist im Falle von Delaware und den nachziehenden Staaten, wo die Gerichte aus Überlegungen der public policy der Indemnifikation bei erfolgreicher "technical defense" Einhalt gebieten werden.

b) *"permissive indemnification"*: Die Erstattung der durch D & O gemachten Aufwendungen ist in den restlichen Fällen, wenngleich nicht zwingend, so doch zulässig, sofern eine unabhängige Instanz der beklagten Partei ein bestimmtes Verhalten ("standard of conduct, care, performance") attestiert und damit die Zulässigkeit der Indemnifikation bejaht:

Dieses Attest kann erfolgen durch

1. Mehrheitsbeschluss eines bestimmten Quorums nicht am Verfahren beteiligter Verwaltungsräte, sollte ein derartiges Quorum nicht erreichbar sein,
2. mittels Gutachten (written opinion) eines unabhängigen Rechtsberaters, oder
3. durch Aktionärsbeschluss[22].

Gemäss neuem kalifornischem GCL tritt an die Stelle des unabhängigen Rechtsberaters zu Recht das im Verantwortlichkeitsfalle zuständige Gericht[23].

17 Knepper 244; vgl. zum alten kalifornischen Recht Knepper 243; so auch der Vorschlag McAdams' (2137) für eine revidierte Indemnifikationsregelung des MBCA.
18 Vgl. Heyler (62) für das neue kalifornische Recht, das diesen Zusatz nicht aufweist, als Beispiel der engen Auslegung, und Barret (737) für Delaware und New York, die beide Erfolge aus "plea bargaining" und "nolo contendere"-Verteidigung als "successful defense" akzeptieren und Indemnifikation erlauben.
19 Vgl. Barret 731.
20 Barret 731.
21 Dies., 733 inkl. Anm. 51.
22 Vgl. Knepper für Delaware und New York.
23 Vgl. Heyler 62.

IV. Inhalt der Indemnifikation

1. Allgemeines

Indemnifikation und die korrelierende Verantwortlichkeit sind einem steten Wandel unterworfen, weshalb eher eine Darstellung der verschiedenen Indemnifikationssituationen angezeigt ist als der beispielhafte Bezug auf eine oder wenige einzelstaatliche Regelungen. Im folgenden werde ich die Indemnifikationsregelungen in der Unterteilung "actions by or in the right of the corporation" und "third party actions" (Klagen Dritter sowie Straf- und Verwaltungsverfahren) aufzeigen.

2. "actions by or in the right of the corporation"

Die Indemnifikation bei diesen Klagen ist naturgemäss auf die Verfahrenskosten, Anwaltskosten und sonstigen Umtriebe[24] beschränkt, da ansonsten ihr Zweck – die Gutstellung der Gesellschaft – zunichte gemacht würde[25].

Die Erstattung hängt von der Handlungsweise der Verantwortlichen ab:

a) *Die kalifornische Lösung:* Das kalifornische Recht[26] verlangt "good faith", eine Handlung, "the agent believes to be in the best interest of the corporation", ausgeführt mit "such care, including reasonable inquiry, as an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances", und wendet damit die Verantwortlichkeitsformel auf die Indemnifikation an: Hat der Beklagte diesem Standard gemäss gehandelt und wird er freigesprochen, so erhält er einen gesetzlichen Anspruch auf Indemnifikation. Ist er nicht oder nur teilweise erfolgreich, so kann das Gericht auf seinen Antrag hin – unter Berücksichtigung aller Umstände – bestimmen, ob und wie weit er "fairly and reasonably" zur Indemnifikation berechtigt sei[27]. M.a.W. steht dem Gericht für die Beurteilung der Opportunität von Indemnifikation in solchen Fällen ein äusserst weiter Ermessensspielraum zur Verfügung.

b) *Delaware's Lösung:* Gemäss Delaware'schem Gesellschaftsrecht hängt die Indemnifikation davon ab, ob der Verantwortliche in "good faith" gehandelt hat und zudem in einer Weise, "he reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation". Im Verurteilungsfalle darf eine Indemnifikation nur

24 Heyler 61; Knepper 242; Knepper, Update, 956.
25 Heyler 61.
26 Heyler 60.
27 Heyler 60; Knepper, Update, 957.

dann und insoweit erfolgen, als das erkennende Gericht den Verantwortlichen deren für würdig ("fairly and reasonably entitled") befindet[28].

c) *Einige bedenkenswerte Fragen zu diesen Regelungen:*
aa) *Der "fairly and reasonably"-Standard:* Delaware, gleich wie Kalifornien, nimmt Zuflucht zu dieser Formulierung, wenn es gilt, im Verurteilungsfalle die Indemnifikationswürdigkeit zu bestimmen:

Verletzt eine mit der Verwaltung einer AG betraute Person seine aktienrechtliche Sorgfaltspflicht, so ist vom dort etablierten Massstab einzuschwenken auf die recht diffuse "fairly and reasonably"-Formel. Was bedeutet sie? Ist leichte, mittlere oder gar schwere Fahrlässigkeit mit ihr gleichzusetzen? Von Voraussehbarkeit der Fälle, in denen Indemnifikation zu erwarten ist, kann nicht gesprochen werden.

bb) *Der doppelte Sorgfaltsmassstab:* Das Delaware'sche Gesellschaftsrecht spricht sich zwar nicht explizite zur anzuwendenden Sorgfalt bei der Verwaltung einer AG aus, doch hält sich die dortige Rechtsprechung an den "ordinary man"-Standard des common law[29,30]. Dieser Standard wird zu Recht als Indemnifikationstest übernommen: Hat der Beklagte den Beweis erbracht, seinen Sorgfaltspflichten genügt zu haben, dann kommt dem Indemnifikationstest keine selbständige Bedeutung zu: Bei Freispruch hat er einen gesetzlichen Anspruch auf Erstattung der Kosten[31].

Wie aber steht es im Verurteilungsfalle? Wie weit darf der Glaube, im besten Interesse der Gesellschaft gehandelt zu haben, gehen bzw. inwieweit vermag dieser Glaube verschiedene Verschuldensgrade zu konsumieren und zum Richtmass für die Zulässigkeit der Indemnifikation zu werden?

cc) *"... or not opposed to the best interest ...":* Eine letzte Bemerkung soll dieser Formulierung gelten. Sie war gedacht, um sogenannte "status claims" zu erfassen[32]. Was als gute Idee erschien – nämlich den unschuldigen Insider vor einer klagehungrigen Aktionärs- und Anwaltsgemeinschaft zu beschützen[33] –, wurde wegen der fehlenden expliziten Einschränkung auf diese Fälle ins Gegenteil gekehrt. Wie McAdams schreibt, fehlt jeder Hinweis, dass die "not opposed to"-Formel nicht auch auf "non status claims, such as wrongful acts or omissions in the performance of one's duties" angewendet werden könnte[34]. Dies mag wohl stimmen, wenn man bei der grammatikalischen Auslegung verharrt.

28 Vgl. Knepper 242.
29 Caplin 59 inkl. Anm. 9.
30 Zum kalifornischen Standard vgl. vorne § 6 II. 3.
31 Vgl. vorne III. 2.
32 "Status claims" umfassen Ersatzansprüche in der Folge von Insidergeschäften, die ja nicht als solche, sondern nur des besonderen Status der Beteiligten als Verwaltungsräte oder Mitglieder der Geschäftsleitung usw. wegen illegal erklärt werden.
33 Ein solcher Schutz soll unter kalifornischem Recht auch ohne die "not opposed to"-Formel möglich sein, wenn der Beklagte den schlüssigen Beweis erbringt, geglaubt zu haben, dass er im besten Interesse der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre gehandelt hätte; so Heyler 58.
34 Vgl. MacAdams 2132.

3. "third party proceedings"

Die Indemnifikation in derartigen Verfahren – sie umfassen zivile, straf- und verwaltungsrechtliche Klagen – geht weiter als bei "derivative actions": Sie umfasst neben den Kosten, einschliesslich Anwaltshonoraren, Ersatzansprüche, Bussen und Vergleichszahlungen[35]. Die Indemnifikationstests für Kalifornien wie auch für Delaware sind dieselben wie vorne in Ziff. 2 geschildert, soweit zivile Klagen in Frage stehen. Bei strafrechtlichen Verfahren muss der Beklagte zusätzlich den Beweis erbringen, keinen vernünftigen Grund (reasonable cause) gehabt zu haben, zu glauben, dass sein Verhalten rechtswidrig sei[36].

4. Schlussbemerkungen

Die vorgehenden Darstellungen – wenngleich kurz und unvollständig – lassen die Komplexität des einzelstaatlichen Indemnifikationsrechtes erahnen; kommt hinzu, dass auch im Indemnifikationsrecht die Bundesgesetzgebung andere Masstäbe und Akzente setzt als das einzelstaatliche Recht. So verhält sich der Gralshüter der Federal Securities Laws, die SEC, hinsichtlich Indemnifikation eher zurückhaltend. Seit über 30 Jahren hält die SEC beispielsweise daran fest, dass die Entlastung von der Haftung für Schäden, welche sich aus "misrepresentation or omission in registration statements" ergeben, unzulässig sei[37], während sie die Versicherung dieser Haftung akzeptiert, selbst wenn die Gesellschaft die gesamten Kosten trage[38].

Ein weiteres Problem stellt auch hier die ERISA-Gesetzgebung dar. D & O, die auf Verlangen der Gesellschaft als "fiduciaries" des Pensionsfonds walten, können – dies würde dem Sicherungsgedanken des Pensionsfonds widersprechen – nicht auf Indemnifikation hoffen. Da eine solche Doppelstellung einem steten – zumindest latenten – Interessenkonflikt unterliegt[39], befinden sich die amtierenden Personen in keiner beneidenswerten Situation.

35 Vgl. Heyler 58 f. für Kalifornien; Knepper 242 für Delaware.
36 Vgl. Heyler 59; Knepper 242.
37 Knepper, Update, 957.
38 Ders., 956.
39 Vgl. Heyler 1268, aber auch vorne § 6 IV.

§ 8 Wirtschaftliche und soziale Risikofaktoren

Mit der Unternehmensgrösse wächst die Zahl der vom Unternehmen abhängigen bzw. am Unternehmen interessierten Kreise: Aktionäre, Anleger, Arbeitnehmer, Kunden, Geschäftspartner, der Staat. Ansprüche an die Grossgesellschaft werden stets vielfältiger, Angriffe von seiten etwa der zunehmend aktiver werdenden Konsumentenschutzorganisationen – teils sicher zu Recht – häufiger[1]. Abgesehen vom Markt hat aber nur gerade noch der Staat die Möglichkeit, Grossunternehmungen durchwegs die Stirn zu bieten, aber auch – in sehr verzweifelten Fällen – unter die Arme zu greifen[2].

Im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsproblemen wird daher auch regelmässig auf die Flut von Bundesgesetzen hingewiesen. Zur Bewältigung dieser Flut besteht in den USA eine fast unüberblickbare Fülle an "reinforcement agencies", die ihrerseits einen beträchtlichen Produktionsdrang an Verordnungen und hin und wieder eine zu eifrige – teils bedenkliche – Aktivität in der Rechtsdurchsetzung[3] an den Tag legen[4]. Bedenkt man weiter die Änderungen der Politik solcher Bundesämter, die jeder Administrationswechsel mit sich bringt, so kommt man zum Schluss, dass diese Entwicklung für die Gesellschaften und deren soziale Umwelt eine verhängnisvolle Rechtsunsicherheit zur Folge haben muss.

Das Regelungsproblem "Grossgesellschaften" setzt m.E. – wie dies bis anhin geschehen ist – nicht an beim Gegensatzpaar Aktionär – Verwaltung; der Grossgesellschaft wird in praxi dieser ausschliesslich privatrechtliche Bezug abgesprochen – ihre Pflichten und Rechte haben sich entsprechend ihrer volkswirtschaftlichen und sozialen Bedeutung zu bemessen.

Mit diesen wenigen Worten sei angetönt, worauf der Titel zu § 8 hindeuten soll. Da die seriöse Bearbeitung des Problems einer rechtssoziologischen Studie bedürfte und ohne weiteres Thema einer gesonderten Dissertation sein könnte, möchte ich mich hier mit dem Hinweis auf Stone "Where the law ends"[5] begnügen. Stone beschäftigt sich, wie der Untertitel "Social control of corporate behavior" besagt, mit der Frage, wonach sich die unternehmerische Entscheidung zu richten habe und gibt implizite damit Antwort auf die Frage, inwieweit für eine "D & O"-Versicherung wirtschaftliche und soziale Risikofaktoren bestehen.

1 Vgl. NZZ Nr. 238 vom 13. Oktober 1980 zum etwas übereifrigen Angriff auf die Hoffroche-Tochter Givaudan im "Talc-Morhange"-Prozess.

2 Zu denken ist etwa an die dem Chrysler-Konzern von der US-Regierung in den Jahren 1979/80 zur Verfügung gestellten Kreditgarantien von rund US-$ 2 Mia.

3 Vgl. WSJ vom 30. April 1981, 11: Im Rahmen einer Veantwortlichkeitsklage der Hunt-Familie (texanische Ölbarone) gegen die SEC bzw. einige SEC-Juristen haben diese im Laufe ihrer Untersuchungen zum Zusammenbruch des Silberpreises im Frühjahr 1980 begangene Rechtsverletzungen zugeben müssen. Das äussere Resultat: "... SEC attorneys have taken the unusual step of hiring personal counsel for themselves."

4 Vgl. NZZ Nr. 63 vom 17. März 1981 zum Überhandnehmen staatlicher Bürokratie in den USA.

5 Vgl. zur Darstellung einiger Aspekte aus Stone's Buch § 4.

§ 9 Die amerikanische "D & O"-Police[1]

I. Einleitende Bemerkungen

Die vorgehenden Paragraphen haben gezeigt bzw. angetönt, von welcher Wichtigkeit die Kenntnis von Verantwortlichkeits- und Indemnifikationsrecht (§§ 6 und 7) sowie die Einschätzung von wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhängen (§ 8) sind, um die Versicherbarkeit des "D & O"-Risikos auch nur einigermassen einschätzen zu können[2]. Dieser Aussage ist allerdings sogleich ein Vorbehalt anzufügen: Während das Wissen um die aufgezählten Aspekte m.E. absolut notwendige Entscheidungsgrundlage des Versicherers für die Frage der subjektiven Versicherbarkeit des "D & O"-Risikos und die Konzeption der Police darstellt, tritt es beim Entscheid über das Akzept eines individuellen Risikos praktisch zu 100% in den Hintergrund. Mit der Konzeption der Police – und den sich durch die Erfahrung aufdrängenden Anpassungen – ist das Risiko als abstrakte Risikoumschreibung versicherungstechnisch bewältigt. Ganz anders verhält es sich mit der Risikoselektion: Diese orientiert sich aber praktisch ausschliesslich am Unternehmenserfolg der Antragsteller[3].

Ich werde im folgenden daher punktuell zu drei Themen Stellung nehmen:

- Aufbau und Inhalt der Police
- Risikoselektion
- Erfahrungen.

II. Aufbau und Inhalt der Police

1. Form

Die "D & O"-Police ist dem Indemnifikations- und Verantwortlichkeitsrecht nachgezeichnet. Sie erscheint entweder – gemäss der alten Lloyd's-Form, die noch in überwiegender Zahl und in wenig veränderter Form in Gebrauch ist – in zwei Policen: der "Corporate Reimbursement"-Police und der "D & O Liability Insurance"-Police[4] oder aber gemäss der neuen Version in einer Police, bestehend aus den zwei ent-

1 Vgl. die Policen-Beispiele im Anhang.

2 Versicherbarkeit ist hier allerdings nicht i.S. der Zulässigkeit, sondern i.S. der subjektiven Versicherbarkeit, d.h. des Entscheides des einzelnen Versicherers, das Risiko zu zeichnen, zu verstehen.

3 So Dr. Thomas F. Sheehan, einer der vorzüglichsten Kenner der amerikanischen "D & O", anlässlich eines Gesprächs am 24. Februar 1981 in Park Ridge/Chicago, Illinois.

4 Vgl. Bishop 21; Sheehan 18.

sprechenden Teilen[5]. Abgesehen von dieser rein formellen Veränderung sei diese Police im wesentlichen dieselbe geblieben, schreibt Hinsey. Im Wortlaut geänderte Passagen der Police bezweckten lediglich die Klärung des Deckungsumfanges und die Ausräumung von Zweideutigkeiten[6].

2. Die positive Deckungsumschreibung

a) *Die Versicherungsklausel (insuring clause)*[7]: Mit der Versicherungsklausel beginnen die Ausschlüsse. Die Deckungsumschreibung bringt einige Termini in die Police ein, welche den Rahmen der angebotenen Deckung in positiver Weise eingrenzen, und zwar in

- personeller Hinsicht (Directors and Officers),
- sachlicher Hinsicht ("Loss ... by reason of any wrongful act done or attempted or allegedly done or attempted"),
- zeitlicher Hinsicht ("... claim or claims made ... during the policy period").

Der Versicherungsklausel folgt die Definition der genannten Termini. Da die amerikanische Gerichtspraxis stark dahin tendiert, die Versicherungsnehmer als Opfer einer – ob zu Recht oder zu Unrecht mag dahingestellt bleiben – als zweideutig apostrophierten Policensprache zu sehen, und entsprechend in ihrer Auslegung von Versicherungsklauseln nie beabsichtigte Bedeutungen in die Klauseln hineininterpretiert[8], sind die Versicherer praktisch gezwungen, zu stets kasuistischeren Definitionen zu greifen, um den von ihnen gewollten Deckungsumfang auszuleuchten[9].

b) *Definitionen:*
aa) *Directors and Officers:* Der Kreis der versicherten Personen ergibt sich einerseits durch Enumeration der versicherten gesellschaftlichen Positionen, andererseits durch Nennung der einbezogenen Gesellschaften. Allein, die Bezeichnung "Tochtergesellschaft" (subsidiary) in der alten Lloyd's-Police hat offenbar die erwünschte Klarheit der Bezeichnung vermissen lassen. Die Unsicherheit, ob damit nur hundertprozentige Töchter gemeint seien, wurde mit der 50%-Klausel behoben: Fortan sind die genannten gesellschaftlichen Positionen der Muttergesellschaft sowie all jener

5 Bishop 30; für Lloyd's die Lydando No 1.
6 Vgl. Hinsey 1962: "... the revised wording introduces few substantive changes ...". Allgemein zum Vergleich der beiden Lloyd's-Policen vgl. dort 1961 ff. mit Kommentaren zu den einzelnen Änderungen. Im Gegensatz zu Hinsey steht die private Meinung des Versicherungspraktikers Sheehan, der den neuen Wortlaut als zu eng bezeichnet und festhält, dass der Beweis von dessen Praktikabilität noch ausstehe.
7 Vgl. etwa Hinsey 1962 f.; F. C. & S. Bulletins, Doc-1 (March 1980).
8 Vgl. Thurm 1; Sheehan, Dilemma, 1.
9 Als Beleg für diese Aussage soll die Behandlung der erwähnten Definitionen gelten.

Gesellschaften gedeckt, die zu mehr als 50% des ausstehenden stimmberechtigten Kapitals Töchter der ersten oder zweiten Generation sind[10].

Während der Laufzeit der Police gegründete oder akquirierte Gesellschaften werden von der Deckung miterfasst, sofern sie innert einer gewissen Zeit seit Gründung bzw. Erwerb dem Versicherer angemeldet und von diesem unter eventueller Anpassung der Prämien akzeptiert worden sind[11].

bb) *Loss:* Grössere Probleme ergab die Definition des versicherten Schadens. Unter der alten Police waren ausdrücklich gedeckt: Ersatzleistungen, Vergleichszahlungen sowie Verteidigungs- und Verfahrenskosten. Ebenso ausdrücklich ausgeschlossen waren vom Gesetz vorgesehene Bussen (fines and penalties) und andere Leistungen, die unter dem anwendbaren Recht als unversicherbar gälten[12].

Die neue Formulierung präzisiert, dass

- auch vorprozessuale Kosten gedeckt seien, sodann
- Kosten aus Verwaltungsverfahren (der SEC oder IRS beispielsweise), dann
- Kosten aus Grand-Jury-Untersuchungen oder Parlamentshearings,

immer vorbehältlich allerdings, dass diese Verfahren im Zusammenhang mit einem Anspruch aus Verantwortlichkeitsrecht stehen[13].

Bezüglich der Bussen reduziert die neue Police den a-priori-Ausschluss auf die in Strafprozessen ausgesprochenen Geldstrafen. Der Grund liegt in der Kontroverse über die Versicherbarkeit von "punitive damages"[14] und im Anschluss daran über die Zulässigkeit der Versicherung von "treble damages"[15] bzw. die Frage, ob die genannten Schadenersatzformen als "penalties" zu qualifizieren und damit unversicherbar seien oder nicht[16].

Wie die Untersuchungen von Obler und Long zeigen[17], sind die Meinungen nicht nur bezüglich der Versicherbarkeit dieser Art Ersatzleistung geteilt. Wurde zu einer

10 Vgl. Hinsey 1964 f., sodann F. C. & S. Bulletins Doi-2 (June 1976) zum Vergleich der "D & O"-Police der "Imperial Casualty and Indemnity Co" Nebraska, welche diese 50%-Formel in ihrer Form von 1976 bereits aufweist.

11 Die Anmeldefrist in der neuen Lloyd's-Police beträgt 60 Tage: vgl. Hinsey 1964; diejenige der Imperial 120 Tage: vgl. F. C. & S. Bulletins Doi-2 (June 1976) unter 3. Extension.

12 Vgl. die in Anm. 11 zit. Stellen.

13 Hinsey 1966, Comment Ziff. 1.

14 Zur Definition vgl. vorne Kap. 1, § 1 in Anm. 41.

15 Black's (1347) definiert "treble damages" als "Damages given by statute in certain cases, consisting of the single damages found by the jury, actually tripled in amount". Geläufigstes Beispiel dürften die "treble damages" für "antitrust"-Verletzungen nach Sec. 4 des Clayton Act sein.

16 Vgl. Johnston 2026.

17 431 ff. bzw. 1 ff. So meint Long (1): "To say that the punitive damages doctrine is unsettled both in law and insurance, is to indulge in gross understatement." Vgl. insbes. auch 3 ff. und 6 ff. zu den durch "punitive damages" aufgeworfenen Problemen (im wesentlichen die pönale und präventive Begründung), 9 ff. bezüglich Stellungnahmen aus der Versicherungsindustrie. U.a. wird contra Versicherbarkeit der "punitive damages" die bedenkliche und sicherlich wirklichkeitsnahe Möglichkeit genannt, dass diese Deckung ein gefundenes Fressen für klagehungrige Anwälte darstellen sowie Juries dazu aufmuntern würde,

Zeit, als das common law Schadenersatz nur für materielle Schäden (pecuniary loss) aus unerlaubter Handlung zuliess, die Zusprechung von "punitive damages" mit dem Bedürfnis zur Deckung immaterieller Schäden (mental suffering) begründet[18], so fällt mit dem Einschluss der Genugtuung in die ordentliche Schadenersatzbemessung diese Begründung weg. Die "punitive damages" (als Institut des Zivilrechts notabene) wurden – trotz vehementer Kritik[19] – mit der Begründung von Bestrafung und Abschreckung von "undesirable conduct" in Fällen, die die Gesellschaft aus dem einen oder anderen Grund nicht mit strafrechtlichen Sanktionen belegen mochte[20], in den meisten US-Bundesstaaten beibehalten, wenngleich teilweise summenmässig begrenzt auf die Verfahrens- und Anwaltskosten des obsiegenden Klägers[21].

Da "punitive damages" jedoch definitionsgemäss in Fällen besonders verpönten Verhaltens auferlegt werden, vermag diese Begründung kaum zu befriedigen. Denn wo liegt der Beurteilungsfreiraum, in dem besonders verwerfliches Verhalten nicht zugleich auch strafwürdiges Verhalten im Sinne des Strafrechts ist? Kommt hinzu, dass es kaum zu rechtfertigen ist, dass der Geschädigte über den vollen Schadenersatz und eine eventuelle Genugtuung hinaus auch noch Nutzniesser des staatlichen Strafzwecks wird.

Wie diese Hinweise zeigen, besteht keine Einigkeit über den Charakter der "punitive damages". Entsprechend gehen die Meinungen über deren Versicherbarkeit auseinander. Dieser Unsicherheit trägt die neue Lloyd's-Police Rechnung, wenn sie die Deckung der "punitive damages" grundsätzlich bejaht, jedoch im einzelnen abhängig macht vom anwendbaren Recht[22].

Das Problem der Versicherbarkeit von "treble damages" setzt einen Schritt weiter vorne an, nämlich bei der Frage, ob "treble damages" eine Form von "punitive damages" darstelle und entsprechend als "penalty" zu qualifizieren sei,

"punitive damages" in einem Umfang zuzugestehen, der über die Deckungslimiten hinausginge und dergestalt dem Strafcharakter der "punitive damages" wieder förderlich sein würde.

18 Obler 432, insbes. der Fall Stuart v. Western Union Telegraph Co (66 Tex. 580, 18 S.W. 351 (1855)).

19 Obler 432: "The Supreme Court of New Hampshire said: 'The idea is wrong. It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excrescence, deforming the symmetry and body of the law.'"

20 Obler 433.

21 Obler 433: So in Connecticut, wo zumindest der reine Ausgleichscharakter der "punitive damages" bejaht wird.

22 Vgl. Hinsey 1966. Greenberg/Dean (586) führen drei in der Praxis vertretene Argumente zugunsten der Versicherbarkeit von "punitive damages" an, die m.E. jedoch nur schwer zu verstehen sind. So wird angeführt,

1. der Versicherte zahle eine dem erhöhten Risiko des Versicherers entsprechende Prämie,
2. der Abschreckungseffekt von "punitive damages" in Fällen gleichzeitiger Androhung strafrechtlicher Haftung sei äusserst schwach,
3. die Gerichte verhielten sich äusserst zurückhaltend darin, einen privaten Vertrag zwischen Versichertem und Versicherer aus Gründen der "public policy" für teilweise nichtig zu erklären.

Vgl. auch Brook 25; Hinsey/Lancey 876.

womit der Entscheid über die Versicherbarkeit steht und fällt. Die neue Formulierung nimmt sich auch dieser Frage an mit dem Verweis auf das anwendbare Recht, das logischerweise auch die Rechtsnatur der "treble damages" bestimmt[23].

cc) *Die "claims made"-Form:* In zeitlicher Hinsicht schränkt die "D & O"-Police die Leistungspflicht des Versicherers ein auf Ansprüche, einschliesslich damit im Zusammenhang stehender Kosten,

- aus Schäden, die während der Laufzeit der Police verursacht
- oder vor deren Inkrafttreten, aber ohne Wissen des Versicherten verursacht und
- gegen den Versicherten auch während der Laufzeit der Police erhoben worden sind bzw.
- gegen den Versicherten – bei Kündigung oder Nichterneuerung der Police durch den Versicherer – während der für eine besondere Prämie vereinbarten Auslaufzeit (discovery clause)[24] erhoben worden sind.

Mit der "claims made"-Form versucht der Versicherer mit möglichster Sicherheit die Fälle zu bezeichnen, die er mit seinem Produkt zu decken beabsichtigt oder, anders ausgedrückt, den Zeitraum zwischen der Schädigung und seiner Kenntnis dieses Schadens zu begrenzen[25].

Die "claims made"-Form folgte auf die "accident"-Form, nachdem diese durch die Gerichtspraxis unter der "reasonable expectation"-Doktrin ihres beabsichtigten Inhaltes beraubt worden war: Aus dem Unfall (accident) – nach den Vorstellungen der Versicherungsindustrie ein plötzlicher, unbeabsichtigter Vorfall mit Schädigungseffekt[26] – wurde zugunsten des Versicherten ein sich graduell entwickelnder Schädigungsprozess[27].

Obwohl generell akzeptiert[28], ist auch die "claims made"-Form nicht gefeit vor Attacken aus dem Gerichtssaal. Die Vorwürfe kommen aus zwei Richtungen: Einerseits werden "claims made"-Klauseln in einzelnen Fällen als mehrdeutig[29] oder

23 Vgl. Hinsey 1966, aber auch Greenberg/Dean (586), die einen neuen Mittelweg vorschlagen, nämlich den ersten Drittel als "compensatory damages" und die verbleibenden zwei Drittel als "punitive damages" aufzufassen.
24 Vgl. Hinsey 1976.
25 So Sheehan, Dilemma, 24.
26 Vgl. Sheehan, Dilemma, 3.
27 Ders., 5.
28 Vgl. die bei Thurm (1 ff.) geschilderten Fälle: San Pedro Properties Inc. v. Sayre & Toso Inc.: 21 Cal. Rptr. 844 (1962) District Court of Appeals, CA; Samuel N. Zarpas Inc. v. Morrow, 215 F. Supp. 887 (1963) US District Ct, District of N.J.; J.M. Brown Const. Co v. D & M Mechanical Contractors Inc., 222 So 2d 93 (1969) Court of Appeals of Louisiana; Livingston Parish School Board v. Fireman's Fund American Insurance Company, 282 So 2d 478 (1973) Supreme Court of Louisiana.
29 Vgl. Gyler v. Mission Insurance C., 110 Cal. Rptr. 139 (1973) Supreme Court of CA; J.G. Link & Company v. Continental Casualty Co, 470 Fd 2d 1133 (1972) US Circuit Court of Appeals, Ninth Circuit, zit. bei Thurm 5 f.

andererseits als zu einschränkend in ihrer Deckung und damit als unvereinbar mit der "public policy" bezeichnet[30].

Einen Weg zur Klärung der Situation und damit auch eine Möglichkeit, dem Versicherer "reasonable expectations" zuzugestehen, sieht Sheehan[31] in der Übernahme der "discovered loss"-Klausel aus der Vertrauensschadenversicherung; dies unter Beifügung einer umfassenden und möglichst klärenden Definition des Begriffs.

3. Die Ausschlüsse

a) *Allgemeines:* Die Zweiteilung der amerikanischen "D & O"-Police in eine "Corporate Reimbursement"- und in die "D & O Liability"-Police erzeugt entsprechend zwei Gruppen von Ausschlüssen:

b) *Ausschlüsse unter der "Corporate Reimbursement"-Form:* Grundsätzlich werden lediglich zwei Ausschlüsse angeführt[32], welche eine Deckung nicht effektiv ausschliessen, sondern lediglich in quantitativer bzw. zeitlicher Hinsicht beschränken:

aa) *Die "excess liability"-Klausel:* Die "D & O" kann als Unterart der Berufshaftpflichtversicherung bezeichnet werden[33]. Es besteht daher die Möglichkeit, dass die "D & O"-Deckung mit einer weiteren Berufshaftpflichtdeckung konkurriert[34]. Für diesen Fall wird die Deckung durch die "D & O" auf den die Limite der zutreffenden Police überschiessenden Anteil begrenzt[35].

bb) *Abgrenzung gegen die zeitlich vorgehende Police:* Auch dieser Ausschluss ist ohne weitere Problematik; er erhärtet m.E. lediglich die durch die "claims made"-Form beabsichtigte Begrenzung der Deckung auf die im Policenjahr geltend gemachten Ansprüche[36].

cc) *Weitere Ausschlüsse:*

– Umweltschäden: Das verstärkte Umweltbewusstsein der 70er Jahre wirkt sich ebenfalls auf die Haftungssituation amerikanischer D & O aus. Die Komplexität

30 Vgl. Jones v. Continental Casualty Co, 303 A 2d 91 (1973) Superior Court of N.J.; Rotwein v. General Accident Group, 247 A 2d 370 (1968) Superior Court of N.J. etc., zit. bei Thurm 7 f.
31 Vgl. Sheehan, Dilemma, 29 ff.
32 Vgl. Sheehan 21. Johnston (2017) spricht allerdings von dreien.
33 Sheehan (21) bezeichnet sie als "business malpractice cover".
34 Ders., 21.
35 Sheehan (21) führt wohl zu Recht an, dass diese Situation auf praktisch jeden Schadenfall zutreffen könne, da die Deckungsumschreibung der "D & O"-Policen äusserst weit sei.
36 Ähnlich Sheehan 21 f.

des Problems und die Grössenordnung potentieller Schäden sind Grund genug, dieses Risiko versicherungstechnisch gesondert zu behandeln.

- ERISA: Die Versicherungsklausel der sich noch allgemein in Gebrauch befindlichen Policen beschränkt die Leistungspflicht des Versicherers auf Schäden aus "wrongful acts", welche die D & O begangen haben "in their respective capacities as Directors and Officers". Dass die ERISA die für die Verwaltung von Pensionsfonds Verantwortlichen jedoch verpflichtet, ihre diesbezügliche Tätigkeit ausschliesslich auf die Interessen der Begünstigten auszurichten[37], erzeugte ein Problem, dem die Versicherer mit einer gesonderten Deckung begegnen wollten[38].
- Des weiteren werden etwa noch angeführt: "punitive damages", vom Gesetz auferlegte Bussen[39], Schäden, verursacht durch Körperverletzung, Krankheit und Tod oder Sachbeschädigung[40].

c) *Ausschlüsse unter der "D & O Liability"-Form*[41]: Entsprechend der Absicht des Versicherers – wiewohl auch des Versicherten –, Wirtschaftsschäden (economic injuries) zu decken[42] (wobei die Bezeichnung "Wirtschaftsschäden" nicht mit Unternehmerrisiko gleichzusetzen ist), können die gängigen Ausschlüsse in fünf Gruppen eingeteilt werden[43,44].

aa) *"libel and slander" und "dishonesty"*[45]: Diese zwei Ausschlüsse entstanden aus zwei rein abgrenzungstechnischen Gründen: Sie existieren deshalb, weil für diese Risiken spezielle Policen bestehen: eine generelle Haftpflichtversicherung ("personal injury liability insurance" oder "general public liability policy") für das eine, eine Vertrauensschadenversicherung ("fidelity bond") für das andere[46]. Die überwiegende

37 Vgl. vorne § 6 IV.
38 Vgl. Johnston 2015.
39 Was allerdings nur insofern einen Sinn ergibt, als dieser Ausschluss nicht schon in der Definition des Schadens (Loss) enthalten ist.
40 Vgl. Hershbarger/Cross 40. Hierzu meint Knepper (256) zu Recht, dass es sich um überflüssige Ausschlüsse handle, da die Deckung derartiger Risiken nie in der Absicht des "D & O"-Versicherers lag.
41 Ich beschränke mich auch hier auf eine kurze Darstellung der hauptsächlichsten Ausschlüsse.
42 Hershbarger/Cross 40.
43 Dies., 40.
44 Vgl. auch Sheehan (21), der zusätzlich die "excess liability"-Klausel (vgl. vorne 3. a) aa)), die Abgrenzung zur Deckung einer vorgängigen Police (vorne 3. a) bb)), die auch in der "Corporate Reimbursement"-Form enthalten sind, erwähnt und obendrein auf die Abgrenzungsklausel zwischen "Corporate Reimbursement" und "D & O Liability"-Police hinweist, welche m.E. überflüssigerweise darauf aufmerksam macht, dass ein und derselbe Schaden nur unter einer der genannten Policen geltend gemacht werden kann (Sheehan 22).
45 libel = schriftliche Beleidigung, Verleumdung
slander = üble Nachrede: vgl. Herbst 595 bzw. 959
dishonesty = Unehrlichkeit: vgl. Herbst 329.
46 Vgl. Sheehan 22 und 23; Knepper 256; Hershbarger/Cross 40.

Zahl der Policen sieht jedoch vor, dass der "dishonesty"-Ausschluss nur zur Anwendung gelange,

1. im Falle der Verurteilung der versicherten Person,
2. wenn bewiesen sei, dass sie vorsätzlich unehrlich gehandelt habe,
3. diese Handlungen in effektiv unehrlicher Zweckbestimmung und Absicht (actual dishonest purpose and intent) vorgenommen habe und
4. diese Handlungen auch kausal zur Verurteilung gewesen seien[47].

bb) *Unterlassung von Abschluss bzw. Weiterführung von Versicherungen:* Die "D & O"-Deckung soll nicht als Ersatz für eine Reihe anderer Versicherungen dienen[48]. Das Risiko einer möglichst umfassenden Deckung von Vermögens- und Sachschäden könne jedoch je nach Versicherer auf diesen überwälzt werden, sofern ihm der Antragsteller sein vollständiges Versicherungsprogramm vorlege[49].

cc) *"short swing profits":* Dieser Ausschluss bezieht sich auf die Erstattung von Gewinnen, die ein Versicherter bei kurzfristigem Handel (Kauf und Verkauf innert 6 Monaten) von Aktien der eigenen Gesellschaft erzielt und welche er gemäss Section 16(b) des SEA oder ähnlicher – einzelstaatlicher – Regelungen an die Gesellschaft abzugeben verpflichtet ist[50].

dd) *Persönliche Vorteile und Gewinne und unzulässige bzw. übermässige Entschädigungen:* Während der letztere Ausschluss problemlos ist – es versteht sich von selbst, dass es stossend wäre, den Versicherer für die Rückzahlung unzulässiger Bezüge von D & O aufkommen zu lassen –, versteckt sich hinter dem erstgenannten Ausschluss ein nicht leicht zu fassendes Problem: "personal gain" erfasst jede Handlung zu eigenen Gunsten angesichts eines Interessenkonflikts – selbstverständlich aber nur dann, wenn sich diese Handlung als profitabel erwiesen hat. Der etwas zynische Unterton ist erlaubt, weil im Bereich der "corporate opportunities" nur diejenigen mit Sicherheit von Verantwortlichkeitsklagen verschont bleiben, die erfolgreich und zugunsten der Gesellschaft gehandelt haben[51]. So erzeugt die

47 Anforderungen, die nach Knepper (257) nur in ganz eindeutigen Fällen erfüllt sind; vgl. auch Greenberg/Dean 578; Hinsey 1969 für die alte Lloyd's-Police; Johnston 2019.

48 Johnston 2020.

49 So Sheehan 23.

50 Vgl. Sheehan 53; ABA-Guidebook 1613.

51 So gilt bezüglich Übernahmeproblemen diversifizierter Unternehmen: "Today, you can be 'damned if you do and damned if you don't' on the theory of corporate opportunity." Vgl. Excess and Surplus Lines (December 1978) II-B-3.6, 6. Beredte Zeugen für diese Aussage bzw. für die Einsicht, dass komplexe und hart geführte Übernahme- und Übernahmeabwehrkämpfe leicht in Verantwortlichkeitsfälle ausmünden können, findet der Leser des Wallstreet Journals (WSJ) praktisch in jeder Ausgabe. Vgl. beispielsweise WSJ (11. März/5, 17. März/4 – Insider Trading) 24. März 1981/7 sowie NZZ Nr. 71 vom 26. März 1981/18 zum Übernahmekampf zwischen Socal (Standard Oil Company of California) und Amax Inc. oder zwischen Seagram und St. Joe Minerals Corp., in: WSJ vom 17. März/20, 23.März/3, 24. März 1981/12 sowie NZZ Nr. 71 vom 26. März 1981/18.

Theorie der "corporate opportunity" Verantwortlichkeitsfälle, bei denen nicht eine schädigende, absichtliche oder fahrlässige Handlung in Frage steht, sondern die Güte einer gangbaren Alternative beurteilt wird[52,53].

ee) *"non standard"-Ausschlüsse:* Die "non standard"-Ausschlüsse richten sich nach den individuellen Risiken. Darunter finden sich Ausschlüsse von "antitrust"-Klagen, Diskriminationsklagen (sex, job opportunity usw.), Klagen wegen politischer Beiträge oder unzulässiger Zahlungen an Regierungsstellen usw.[54].

III. Die Risikoselektion

1. Allgemeines

Was bereits angetönt wurde – nämlich, dass bei der Risikoselektion neben Konkurrenzüberlegungen rein wirtschaftliche Faktoren den Ausschlag geben[55] –, wird bei der Durchsicht von Versicherungsantragsformularen vollumfänglich bestätigt. Zwar kann nicht genügend betont werden, dass der rechtliche Hintergrund (Gesetz, Lehre, Rechtsprechung, Klagehäufigkeit, Klagegründe) für die Grundsatzentscheidung der Lancierung einer "Director's and Officer's"-Deckung eine sehr wesentliche Rolle spielt, wie denn auch die fortwährende Beobachtung des rechtlichen Aspekts einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Schadenprävention beim Versicherer leistet. Doch geht es bei der Auswahl akzeptabler Risiken um die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Antragstellers, nach einem auch branchenspezifische Unterschiede berücksichtigenden Antragsformular und entsprechenden eingeforderten Unterlagen (Bilanz, Geschäftsberichte usw.). Als Kriterien der Risikoselektion werden etwa genannt: Wachstums- und Gewinnstabilität, "Klageleumund", Fusionsempfänglichkeit, Betriebsgrösse und -art, Markt. Gesellschaften mit geringen Chancen, die Deckung zu erhalten, sind solche

1. mit Empfänglichkeit für Patentstreitigkeiten,
2. mit einem sehr kleinen Kundenkreis,

52 Vgl. Excess and Surplus Lines (February 1974) II-E-1.11, 4, wo der Fall – offenbar – einer Bausparkasse beschrieben wird, die anstatt die nach Gesetz und Statuten bestehende Möglichkeit zu ergreifen, selbst um eine Versicherungslizenz nachzusuchen, all ihre Versicherungsangelegenheiten über Jahre hinweg einer im Besitz von einigen ihrer Verwaltungsräte stehenden Versicherungsgesellschaft zuhielt. Sodann Business Insurance vom 24. November 1980, 32 bezüglich des sehr realen Zusammenhangs zwischen Unternehmenszusammenschlüssen und Verantwortlichkeit.

53 Vgl. zur Möglichkeit, solche Ergebnisse zu verhindern, ABA-Guidebook 1623 unter lit. b "Approval of transactions in which directors have a pecuniary interest".

54 Vgl. Johnston 2021.

55 Vgl. vorne I.

3. mit grossen Regierungsaufträgen; sodann
4. Gesellschaften aus der Elektroindustrie,
5. solche, die mehrere Unternehmenszusammenschlüsse in den vergangenen 5 Jahren durchgemacht haben,
6. wie auch Neugründungen.

"Close corporations", z.B. Familiengesellschaften, werden grundsätzlich als unakzeptabel bezeichnet[56].

2. The Wyatt Report

Seit 1973 führt die Wyatt-Company[57] eine Umfrage bezüglich "D & O" durch. Erfasst wird eine stets zunehmende Zahl amerikanischer und kanadischer Unternehmungen verschiedener Grössen und Branchen[58]. Die folgenden, sehr selektiv gewählten Informationen aus diesen Berichten sollen in Ergänzung der Informationen unter Ziff. 1 die darauffolgende Darstellung des Versicherungsantrages bzw. die Grundlagen für die Risikoselektion ins richtige Licht rücken.

– *Wyatt-Report 1976*[59]: Die 1976er Resultate ergaben eine interessante Korrelation zwischen Klageempfänglichkeit und Klagehäufigkeit einerseits und den folgenden Untersuchungskriterien andererseits: (1) Gesellschaftsgrösse, (3) Ertragslage, (4) Akquisitionsfreudigkeit, (5) Diversifikationsgrad, (6) Eigentümerstruktur (degree of public ownership), (7) Domizil (USA oder Kanada)[60].

56 Vgl. Greenberg/Dean 570.

57 Die Wyatt Company, Chicago/Ill. ist eine u.a. auf Riskmanagement spezialisierte Unternehmensberatungsgesellschaft.

58 Teilnahme und Aufgliederung: 1976: 1730 Unternehmungen; 1979: 1802 Unternehmungen; 1980: allein 2247 US-Gesellschaften aus mehr als einem Dutzend Branchen (bei diversifizierten Unternehmungen zählt die Hauptbranche), aufgeteilt in 15 Gruppen mit Aktiven von weniger als US-$ 10 Mio. bis zu über US-$ 2 Mia. Vgl. Brockmeier 20; Wyatt Report 1979, 1; Business Insurance vom 24. November 1980, 32.

59 Vgl. die Kurzdarstellung bei Brockmeier (1977) 20 ff.

60 Das Kriterium (2) Branche wurde in keinem direkten Zusammenhang mit Klageempfänglichkeit und Klagehäufigkeit gesehen; vielmehr wurde dieser Zusammenhang indirekt über die Ertragslage als gegeben erachtet: vgl. Brockmeier (1977) 23.

Untersuchungskriterium		*Klagehäufigkeit bzw. -empfänglichkeit*	
(1) Gesellschaftsgrösse	+		+
(3) Ertragslage	–		+
(4) Akquisitionsfreudigkeit	+		+
(5) Diversifikationsgrad	+		+
(6) Eigentümerstruktur	+		+
(7) Domizil		USA	+
		Kanada	–

Kläger	1979	1980	Charakteristika der Klagen[61]
Aktionäre	40%	40%	Überdurchschnittlich hohe Ansprüche
Angestellte (gegenwärtig und gewesen)	18%	17%	– Ansprüche im Vergleich zu anderen Klagequellen nicht von Bedeutung, aber – nur 49% (overall 63%) ohne Ersatzzuspruch – Anzahl der Ersatzzusprüche unter US-$ 500'000.– unterdurchschnittlich – Anzahl der Ersatzzusprüche über US-$ 5 Mio. überdurchschnittlich
Kunden	10%	13%	– hoher Prozentsatz ohne Zuspruch – bescheidene Anwaltskosten (legal costs) – keine bemerkenswerten Ersatzzusprüche
Bundesämter	7%	6,7%	– hohe Ersatzan- und -zusprüche sowie sehr hohe Kosten, jedoch – relativ hoher Prozentsatz ohne Verurteilung[62]
Frühere Eigentümer akquirierter Unternehmen	4%	6,4%	sehr hohe An- und Zusprüche sowie Anwaltskosten
Konkurrenten	3%	keine Information	– durchschnittliche Anspruchshöhe – hoher Prozentsatz an Zusprüchen über US-$ 500'000.– (kein Fall über US-$ 1 Mio. bekannt) – relativ niedrige Anwaltskosten

61 Vgl. Brockmeier (1980) 38 f.

62 Zu bedenken ist immerhin, dass auch bei positivem Prozessverlauf dem freigesprochenen D oder O bzw. seinem Versicherer Verfahrens- und Anwaltskosten verbleiben.

– *Wyatt-Report 1979*[63]: Die 1979er Ergebnisse bestätigten bzw. verstärken die 3 Jahre zuvor erhaltenen Eindrücke[64].

– *Wyatt-Report 1980*[65]: Von Interesse ist etwa die Zusammenstellung der Klägerherkunft im Vergleich der Jahre 1979/80 (vgl. vorhergehende Seite).

3. Der Versicherungsantrag[66]

a) *Die "Personalien" der Gesellschaft:* Neben Namen, Adresse und Gründungsstaat, gewünschter Deckung und Selbstbehalt sowie Branche (Ziff. 1–4) hat die Antragstellerin weiter anzugeben, seit wann sie ihr Unternehmen ununterbrochen betreibt (Ziff. 5), Bardividenden auf Stamm- und Vorzugsaktien bezahlt (Ziff. 6), welches ihre Töchter sind (Name, Branche, Eigentumsanteil, Akquisitionsdatum; Ziff. 9), sodann, auf welches Datum die Wahl der Verwaltungsräte festgelegt ist und ob ein zwingendes Rücktrittsalter für D & O bestehe (Ziff. 10).

b) *Objektbezogene Informationen:*
aa) *Bewertungsgrundlagen:* Mit ihrem Antrag hat die Gesellschaft dem Versicherer ihren neuesten, geprüften, konsolidierten Geschäftsbericht in dreifacher Ausführung vorzulegen. Dieser Bericht muss

– eine Liste der Verwaltungsräte von Mutter- und Tochtergesellschaft(en) mit Name und Herkunft (gemeint ist das wirtschaftliche Verhältnis zur Gesellschaft: affiliation) enthalten, weiter
– eine Liste der Mitglieder der Geschäftsleitung von Mutter- und Tochtergesellschaft(en) mit Name und offiziellen Titeln, sodann
– durch einen diplomierten Bücherexperten geprüfte Betriebsergebnisse der letzten 5 Jahre und
– eine Kopie des neuesten Dunn and Bradstreet-Reports (Ziff. 11).

Diese Informationen sind zu ergänzen durch eine Liste der D & O der Antragstellerin mit Namen und entsprechenden Zuständigkeiten (Ziff. 12). Des weiteren ist dem Versicherer innerhalb von 30 Tagen seit Verwaltungsratsbeschluss von Fusionsabsichten Kenntnis zu geben, sofern solche in die Versicherungsperiode fallen (Ziff. 24); alsdann sind ihm Kopien von allen der SEC eingereichten Dokumenten (registration statements, annual and interim reports) zuzustellen (Ziff. 25).

63 Vgl. dort; Brockmeier (1980) 34 ff.
64 Vgl. The Wyatt Report 1979, 10 ff.
65 Vgl. Business Insurance vom 24. November 1980, 32 f.
66 Ich beschränke mich auf die Darstellung des Antragsformulars der Thomas F. Sheehan Inc., abgedruckt bei Sheehan 76 ff.

bb) *"D & O"-bezogene Informationen:* Hierunter sind die nachfolgenden drei Informationsblöcke zu verstehen:

- Ganz generell besteht beim Versicherer das Interesse zu wissen, ob zur Zeit Verantwortlichkeitsklagen pendent seien (Ziff. 7) bzw. ob sich eine der im Antrag genannten Personen einer Handlung bewusst sei, die zu einer Verantwortlichkeitsklage führen könnte (Ziff. 8)[67].
- Sodann ist für ihn von Wichtigkeit zu wissen, ob die Antragstellerin zuvor versichert war (bei wem, Umfang usw.) bzw. ob ihr Antrag zuvor schon von einer anderen Gesellschaft abgelehnt worden sei und wenn ja, aus welchen Gründen (Ziff. 14).
- Endlich ist darüber Auskunft zu geben, ob irgendwelche "antitrust"-, Urheber- oder Patentrechtsklagen hängig seien (Ziff. 15) und – sehr ausführlich – ob im Verlaufe der letzten 5 Jahre öffentliche bzw. gesellschaftsinterne Untersuchungen zum Thema "Leistungen an in- oder ausländische Regierungs-, Armee- oder Verwaltungsangehörige" durchgeführt worden seien bzw. ob die Möglichkeit von Klagen aus dieser Richtung bestünde (Ziff. 16–23).

cc) *Die "Penn Central"-Hürde:* Der Penn Central-Kollaps[68] führte zu einer ganzen Serie von Verantwortlichkeitsklagen. Die verantwortlichen D & O waren bei Lloyd's versichert. Lloyd's wollte vom Vertrag zurücktreten mit der Begründung, der für den Antrag Verantwortliche der Penn Central habe wissentlich falsche Angaben hinsichtlich des Vorliegens schädigender Handlungen gemacht[69]. Das zentrale Problem an diesem Fall ist, ob sich sämtliche in die Deckung einbezogenen Personen das Wissen des verantwortlichen "Chairman of the Finance Committee" anrechnen lassen müssen und damit ihrer Rechte aus der "D & O"-Deckung verlustig gehen sollen – unbesehen der Tatsache, dass sie vom Versicherungsabschluss keine Ahnung und darüber hinaus – zumindest teilweise – keine Kenntnis von den "unvorsichtigen" Finanzgebaren der Gesellschaft hatten[70,71]. Die Schwierigkeit ergab sich aus bestimmten Klauseln des Versicherungsantrages, wonach dieser als integrierender Bestandteil eines zukünftigen Versicherungsvertrages zu betrachten war und der Wahrheitsgehalt der im Antrag gemachten Aussagen praktisch zur "conditio sine qua non" für die Gültigkeit des Vertrages erhoben wurde. Sheehan weist darauf hin, dass eine Reihe von Gesellschaften den Aussagen im Antrag nicht dasselbe Gewicht

67 Die "claims made"-Form deckt grundsätzlich in der Policenperiode geltend gemachte Ersatzansprüche und damit auch Ansprüche aus Schäden, die zwar vor der Policenperiode bewirkt wurden, von denen die Versicherten jedoch keine Kenntnis hatten. Vgl. hinsichtlich des Gewichtes dieser Erklärung hinten cc).

68 Vgl. dazu die Fallstudie von Prof. Schwartz.

69 Vgl. Sheehan 27 ff.

70 Vgl. Excess Express vol. 5, No 10, 5; Sheehan 30, 73 (aus Judge Lord's opinion).

71 Wie Sheehan (32) trocken bemerkt, zahlte Lloyd's schliesslich knapp US-$ 2,5 Mio., um weitere Kosten (ligitation expenses) zu vermeiden.

beimässe[72]. Seine Lösung des Problems sieht vor, dass jedes von der Deckung erfasste Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die entsprechenden Erklärungen selbst abzugeben bzw. den Versicherungsantrag persönlich zu zeichnen habe[73]. Diesem Vorschlag entsprechend können sämtliche für die "D & O"-Deckung vorgesehenen Personen das Antragsformular der Thomas F. Sheehan Inc. zeichnen (Ziff. 28).

dd) *Zusatzformular für Finanzinstitute*[74]: Ein Zusatzformular ist den speziellen Verantwortlichkeitsproblemen bei Finanzinstituten nachgezeichnet. Es sind vier Informationsblöcke zu unterscheiden. Gefragt wird nach der

- Eigentümersituation bzw. -fluktuation (steht das Institut zum Kauf bzw. sind momentan Verhandlungen über den Verkauf von mehr als 10% der ausstehenden Aktien im Gange),
- Existenz und Umfang von Spezialkrediten (classified loans) sowie
- Existenz und Umfang von und Politik bezüglich Krediten an eigene Verwaltungsräte bzw. an Unternehmen, an denen die betreffenden Personen einen mehr als 10%igen Anteil besitzen,
- Existenz einer unabhängigen Revisionsgesellschaft (Name der Gesellschaft, Datum und Kosten der letzten Buchprüfung sowie die Frequenz der Prüfungen), und endlich nach
- branchenspezifischen Informationen zur finanziellen Lage des Institutes.

IV. Abschliessende Betrachtung

1. Allgemeines

Soll aus dem Dargelegten eine Erkenntnis formuliert werden, so kann dies in recht lapidarer Weise geschehen: Das Risiko, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von D & O zu versichern, liegt nicht eigentlich in der Komplexität dieser Haftung, sondern darin, dass sie den Höhen und Tiefen des Wirtschaftsalltags nachlebt oder, wie sich in etwa Mr. Sheehan ausgedrückt hat, es liege nicht im Risiko an sich, sondern in der Risikobehandlung.

72 Vgl. Sheehan 28.
73 Vgl. Excess Express vol. 5, No 11, 5.
74 Vgl. Sheehan 79.

2. Statistische Erfahrungen zur "D & O"

"Any dummy can sue!" Dieser Ausspruch eines San Franciscoer Versicherungsmannes, in Zusammenhang gebracht mit der Eigentümlichkeit des amerikanischen Rechts, dass jede Partei selbst für ihre Anwaltskosten aufzukommen hat[75], und weiter mit Stichwörtern wie "contingency fee system", "strike suits", "class actions" (mit dem Vorteil der Aufteilung der Kosten unter den Angehörigen der klagenden Gruppe), lässt erahnen, dass schon allein der Schutz vor der ruinösen Bedrohung durch Verfahrens- und Anwaltskosten den Wert einer "D & O"-Police ausmacht.

Diese Annahme wird durch die Ergebnisse des Wyatt-Reports 1979 bestätigt:

- 1979, im Vergleich zu 1978, wurde bei den abgeschlossenen Verfahren ein Anstieg der Anwaltskosten von durchschnittlich US-$ 133'970.– auf US-$ 171'555.– festgestellt. Die nicht abgeschlossenen Verfahren einbezogen und die Kosten hochgerechnet, ergab sich ein Rückgang von US-$ 277'549.– auf US-$ 242'300.–, der allerdings auf das Schweigen von seiten der Befragten über hohe Anwaltskosten zurückgeführt wird[76]; ein Schweigen, das – betrachtet man den Rahmen der gemeldeten Anwaltshonorare (US-$ 100.– bis US-$ 3 Mio.)[77] – recht substantiell sein kann.
- Ein weiteres Indiz für die Richtigkeit der obigen Annahme dürfte der hohe Prozentsatz von Verfahren ohne Ersatzleistungen sein, der sich über die Jahre 1970–1978, d.h. im Zeitraum, in dem die Umfrage durchgeführt wurde, etwa bei 60% eingependelt hat[78]; dies auch bei einer steten Zunahme an Klagen pro Jahr von 13 (1970) auf 83 (1978)[79].

75 Vgl. Harvard Law Review 661.
76 Vgl. The Wyatt Report 1979, 17 bzw. 16 unten.
77 Ders., 15.
78 The Wyatt Report 1979, 17.
79 Ders., 12.

3. KAPITEL

Versicherbare Elemente

§ 10 Vereinbarkeit der "D & O" mit unserer Rechtsordnung

I. Einleitende Bemerkungen

In § 1 habe ich die der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zugrundeliegenden Haftungsgrundsätze untersucht und bin zum Ergebnis gelangt, dass die heutige Rechtslage nicht dazu angetan ist, auch nur einen der traditionellen Haftungsgrundsätze zum zentralen Prinzip zu erheben und ihm entsprechend Geltung zu verschaffen[1]. Weder die Idee der Pönalisierung noch das Ausgleichsprinzip oder der Präventionsgedanke schlagen durch. Die Schwäche des Instruments der Verantwortlichkeitsklage[2] darf jedoch nicht zur Annahme verleiten, dass diese Fehlentwicklung mit der Absenz von Haftungsgründen und mit Prinzipienlosigkeit im Verantwortlichkeitsrecht gleichzusetzen sei. Wie in § 1 festgehalten, ist die Verantwortlichkeitsklage gedacht zur Zügelung der Verwaltung bzw. zur "Betonierung" des Grundsatzes der sorgfältigen Verwaltung (OR 722 I)[3]. Der Gedanke des Korrektivs post casum trägt m.E. sowohl präventive als auch pönale Züge – bei (direktem) Drittschaden spielt sogar das Element "Ausgleich" eine gewisse Rolle[4].

Die Frage steht somit im Raum, ob eine Versicherung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsführung sich mit diesen Haftungsgrundsätzen vertragen würde bzw. ob nicht die Abwälzung von aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit erwachsenden Risiken auf einen Versicherer die gemäss bestehender Praxis als gering zu wertende Abschreckung der Verantwortlichkeit noch reduzieren würde.

1 Vgl. vorne § 1 III. 4.
2 Vgl. neben den in § 1 zit. Autoren auch Oesch (224) in einem Vergleich der Verantwortlichkeitsklage nach OR 755 mit der "derivative suit" des amerikanischen Rechts. Zur "derivative suit" auch Henn 740 ff.
3 Für das amerikanische Recht (in gleicher Weise) Columbia Law Review 722.
4 Eine Relativierung drängt sich auf, da auch in Fällen von "direkten" Drittschäden – zumindest bei Grossunternehmen – ein Missverhältnis zwischen Schadengrösse und Haftungssubstrat zu erwarten ist.

II. "D & O" – ein widerrechtlicher oder gegen die guten Sitten verstossender Vertrag?

1. Sinn und Zweck der Versicherung

a) *Im allgemeinen:* Dem Menschen ist ein mehr oder minder ausgeprägtes Sicherheitsbedürfnis eigen, d.h. ein Bedürfnis nach dem "Zustand des Unbedrohtseins"[5]. Einen wesentlichen Beitrag zu diesem Gefühl des Unbedrohtseins leistet die Versicherung: Ihre Aufgabe ist die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz[6]. Wie Keller darlegt[7], geht es dabei nicht darum, Versicherungsdeckung nur dort zu ermöglichen, wo "rein zufällige Ereignisse" Schäden bewirkt haben, sondern – der heutigen komplexen Umwelt entsprechend, die gegen vielfältige Gefahrenmomente u.a. auch einen Abstumpfungseffekt mit sich bringt – auch dort Deckung oder vielmehr gerade dort Deckung zu gewähren, wo Schäden auf "Versehen und Unaufmerksamkeiten" zurückzuführen sind. M.a.W. soll die Versicherung von der "ständigen Beunruhigung, der ängstlichen Sorge für die Erhaltung von Leben und Gut"[8] befreien; sie soll den Versicherungsnehmer bzw. den Versicherten "von den ihn beengenden Sorgen (...) befreien und die Kraft des Individuums im Interesse wichtigerer Lebenszwecke (...) entlasten"[9].

b) *bei der Haftpflichtversicherung im besonderen:* Bei der Haftpflichtversicherung konkretisiert sich diese Sorge in Drittschäden aus Handlungen vertraglicher oder ausservertraglicher Natur, für die der Versicherte die Geschädigten kraft Gesetzes[10] gutzustellen hat. Die Haftpflichtversicherung beschlägt zwei Rechtssphären: Ihr Ausgleichscharakter manifestiert sich in der Sicherung des Geschädigten, ihr Versicherungscharakter in der Entlastung des Vermogens des Schädigers von den Ausgleichsansprüchen des Geschädigten.

c) *Ergebnis bezüglich der "D & O":* Die Stellung von Verwaltungsrat und Geschäftsführung in Grossgesellschaften ist gekennzeichnet durch eine komplexe, fortwährend sich verändernde Aufgabenstellung. Treuepflicht und Sorgfaltspflicht[11] bilden Rahmen und Massstab, wonach viel Arbeit in zu wenig Zeit getan werden muss. Für

5 Meyer's (673) Definition der Sicherheit: "Zustand des Unbedrohtseins, der sich objektiv im Vorhandensein von Schutz(einrichtungen) bzw. im Fehlen von Gefahr(enquellen) darstellt und subjektiv als Gewissheit von Individuen oder sozialen Gebilden über die Zuverlässigkeit von Sicherungs- und Schutzeinrichtungen empfunden wird. Individuelle Sicherheitsbedürfnisse bestehen gegen die Gefährdung der materiellen Existenz ..."

6 Vgl. Keller 229.

7 Ders., 229 ff.

8 Keller 230. Diese richtige Argumentation ist jedoch beileibe nicht als Bevorzugung materieller Werte vor den Rechtsgütern von Leib und Leben zu verstehen.

9 Vgl. Keller 230.

10 OR 97, 41; Keller 472.

11 Vgl. zu Thema und Abgrenzung Thalmann, insbes. 5 ff.

die Bewältigung des Arbeitsanfalls sind – möglichst sorgfältig – Prioritäten[12] zu setzen, d.h. die wichtigsten Aufgaben sind zu bestimmen, zu erledigen, die weniger wichtigen sind auszuscheiden und ... fallenzulassen. Die unternehmerische Problemlösung stellt heutzutage hohe Ansprüche an das Spezialistentum und genau so hohe Ansprüche an den Generalisten; zwei gegensätzliche Ansprüche, die unvermeidlich darauf hinauslaufen müssen, dass anstelle eines Maximums an Sorgfalt ein Optimum an Sorgfalt zu akzeptieren ist. Dieses Optimum ist jedoch praktisch per definitionem ein Garant für die Verursachung von Schäden, denn, so ist zu fragen: "Wo liegt dieses Optimum?" Diese Frage haben sich alle Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer Grossunternehmung zwangsläufig zu stellen. In den USA – wo die Verantwortlichkeitsklage allerdings ein fleissig genutztes Instrument darstellt[13] – hat sich als Folge davon ein Trend abgezeichnet, wonach bestqualifizierte Leute nur dann hohe Managerposten annehmen oder in einen Verwaltungsrat einsitzen, wenn "D & O"-Deckung besteht.

Das Sicherheitsbedürfnis von nach OR 754 verantwortlichen Personen ist zu unterstellen und zweifellos verständlich. Das Argument, dass qualifizierte Leute eher zu diesem Kreis zu gehören bereit sind, wenn ihre persönliche Haftung eingeschränkt ist[14], ist nicht leicht von der Hand zu weisen. Zudem kann eine derartige Sicherung bezüglich des Verwaltungsrates als Stütze der Nebenamtlichkeit[15] verstanden werden. Trägt man weiter einem gewissen Trend zur Sozialisierung des Haftpflichtrechts[16] im allgemeinen Rechnung, so müsste man eigentlich bedenkenlos ja sagen können zur "D & O".

Allein, die Einsehbarkeit des Nutzens einer solchen Versicherung sagt noch nichts darüber aus, ob sie auch Bestand hat vor unserer Rechtsordnung!

12 Vgl. Drucker (110 ff.) über das Verhältnis von "priorities and posteriorities", d.h. über die Schwierigkeiten, Prioritäten zu setzen und alles andere fallenzulassen (113): "It is much easier to draw up a nice list of top priorities and then hedge by trying to do 'just a little bit' of everything else as well. This makes everybody happy. The only drawback is of course, that nothing whatever gets done."

13 Vgl. zum Verantwortlichkeitsproblem in den USA vorne Kap. 2, § 6.

14 Zum Umfang der verbleibenden Haftung vgl. hinten III. 4.

15 Vgl. Grossfeld für die deutsche Genossenschaft 217 ff. (226).

16 Eine Blüte dieses Sozialisierungsprozesses, die in menschlicher Hinsicht zwar verständlich, von juristischer Warte aus jedoch eher bedenklich ist, stellt der z.Z. in Revision begriffene "Talc-Morhange"-Prozess dar: vgl. NZZ Nr. 238 vom 13. Oktober 1980, 7, wo "unter dem sozialen Druck der Ereignisse" (200 Opfer, wovon 33 Tote) vor erster Instanz alles daran gesetzt worden sein soll, einen solventen "Täter" (Givaudan, Tochter von Hoffmann LaRoche) ins Recht zu fassen in einer Art, die es dem zweitinstanzlichen Ankläger – trotz ministerieller Weisung aus Paris – verunmöglichte, die "forcierte Kausalrelation" noch zu vertreten.

2. Die von OR 20 gesetzten Schranken der Versicherung

Das schweizerische Obligationenrecht[17] erklärt Verträge als nichtig, die "einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt" haben "oder gegen die guten Sitten" verstossen[18].

a) *Der unmögliche Inhalt:* Das VVG behandelt in Art. 9 nur die Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit als einzige Nichtigkeitsform, die einer versicherungsspezifischen Regelung bedarf. Unmöglich ist der Inhalt eines Versicherungsvertrages – wie sich aus seinem Wesen ergibt[19] – dann, wenn "im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war"[20]. VVG 9 ist vorgesehen, um den Missbrauch der Versicherung zu verhindern[21]. Für die Haftpflichtversicherung bedeutet dies den automatischen Ausschluss der Deckung für die Haftpflicht des Versicherten bewirkende Ereignisse, die sich mit Wissen des Versicherten[22] vor dem Vertragsabschluss zugetragen haben[23].

b) *Der widerrechtliche oder gegen die guten Sitten verstossende Inhalt:*
aa) *Im allgemeinen*[24]: Widerrechtlich ist ein Vertrag, mit dem sich der Schuldner entgeltlich oder unentgeltlich zu einem gesetzwidrigen Verhalten verpflichtet, oder aber jener Vertrag, der zwar nicht zu einem irgendwie gearteten Verstoss gegen die Rechtsordnung verpflichtet, dessen Abschluss jedoch verboten ist[25].

17 Für die Anwendung obligationenrechtlicher Bestimmungen auf den Versicherungsvertrag vgl. ZGB 7 und VVG 100.
18 OR 20 I.
19 Vgl. Keller 172.
20 VVG 9.
21 Vgl. Keller 173. Nach OR 20 wird demgegenüber ein Vertrag behandelt, der die Versicherung einer objektiv unmöglichen Gefahr behandelt.
22 A.M. Keller (179), der nicht auf das Wissen des Versicherten abstellt, sondern auf die objektive Tatsache, wonach sich VVG 9 ausschliesslich ausrichte. Allein, diese Auslegung entspricht nicht den praktischen Bedürfnissen der Haftpflichtversicherung, eine Tatsache, die die hier vertretene Auffassung allerdings noch nicht zu legitimieren vermag. Gestützt wird sie jedoch durch die ratio von VVG 9, wonach mit dieser Bestimmung "verwerfliche, die öffentliche Ordnung gefährdende Spekulationen" verhindert werden sollen (Keller 180). Dieser Zweck verlangt m.E. jedoch nicht die Nichtigkeit der Rückwärtsversicherung, Anfechtbarkeit genügt.
23 Vgl. Keller 235 bei und in Anm. 2: Die Belastung des Vermögens des Versicherten mit einer Haftpflichtverbindlichkeit (= befürchtetes Ereignis) entsteht nicht erst im Augenblick, da der geschädigte Dritte seine Schadenersatzansprüche geltend macht, sondern bei Eintritt der Schädigung des Dritten.
24 Zum Verhältnis von Recht und Sittlichkeit Esser, Einführung, 25 ff., insbes. 25: Recht "ist gleichsam die zu Gebrauchszwecken genormte, vereinfachte und konfektionierte Sittlichkeit".
25 Vgl. v. Tuhr/Peter 251 f.

Als sittenwidrig gilt ein Vertrag, der "gegen bestimmte grundlegende, allgemein anerkannte Werte des menschlichen Zusammenlebens"[26], wie insbesondere das gesunde Rechtsempfinden, verstösst.

bb) *Wirkung auf den Versicherungsvertrag:* Keller verweist auf die unter der früheren Gesetzgebung vertretene Meinung, dass die Versicherung nicht dazu führen dürfe, den Versicherten von den wirtschaftlichen Folgen seiner strafbaren Handlungen zu entlasten[27]. Zweifellos ist dieser Ansicht eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen, geht sie doch allem Anschein nach davon aus, dass zur Verstärkung der Präventivwirkung der strafrechtlichen Haftung diejenige der zivilrechtlichen beigegeben werden soll. Mit Keller ist diese Ansicht jedoch abzulehnen[28].

Auszugehen ist für unsere Betrachtungen vom Rechtsgüterschutz in unserer Rechtsordnung. In grober Vereinfachung dargestellt, geschieht er in zwei Phasen: ante und post casum. Der Grundsatz, dass die Freiheit des einzelnen ihre Grenzen in der Freiheit seiner Nachbarn findet bzw. finden soll, bedarf in einer ersten Phase (ante casum) einerseits gewisser Verhaltensleitsätze für die Rechtsunterworfenen in Form von Geboten und Verboten und andererseits der Warnung vor den Konsequenzen bei Verstössen in Form von zivil- und strafrechtlicher Haftung. In einer zweiten Phase (post casum) haben Schadenersatz und Strafe ihre Ausgleichs- und spezialpräventive Funktion zu erfüllen. Verstösst die Versicherung gegen dieses Dispositiv des Rechtsgüterschutzes, so ist sie rechts- oder zumindest sittenwidrig und damit nichtig. Ein solcher Verstoss liegt vor, wenn die Versicherung moralische Barrieren zur Begehung rechtlich verpönter Handlungen abzubauen bzw. geradezu zu zerstören vermag.

Ein derartiger gegen die Rechtsordnung verstossender Abbau erfolge durch die Haftpflichtversicherung mit der Überwälzung der Ausgleichspflicht auf den Versicherer[29], wurde bei Einführung der Haftpflichtversicherung argumentiert; sie sei somit unmoralisch[30]. Der sogenannte Abbau wurde erkauft mit der finanziellen Besserstellung der Geschädigten[31] und erscheint deshalb absolut gerechtfertigt. Zur apodiktischen Feststellung, dass ein Abbau stattfinde, ist folgendes zu sagen: Sie unterstellt eine moralisch verwerfliche Haltung des Versicherten, die unter dem Einfluss der Haftpflichtversicherung die vorne angesprochene "ängstliche Sorge"[32] umschlagen lässt in Liederlichkeit und Missbrauch des Sicherungsinstrumentes

26 Vgl. v. Tuhr/Peter 255. Dergestalt verstärkt die Bestimmung in OR 20 das Postulat von ZGB 2 I.
27 Vgl. Keller 230.
28 Vgl. Keller's Argumentation 231.
29 Ähnlich Grossfeld, Festvortrag, 52: "Mit diesem Schutz vor finanziellen Konsequenzen entfällt ein Mittel der Unfallverhütung."
30 Vgl. Grossfeld, Festvortrag, 49.
31 Vgl. aber Grossfeld (Festvortrag, 52), der gewisse Zweifel bezüglich dieser Besserstellung hegt.
32 Vgl. Keller 230; sodann vorne II. 1. a).

"Versicherung"[33]. Dass die Möglichkeit des Missbrauchs besteht, wäre naiv zu leugnen, doch entzieht sich der angesprochene Einfluss jeglicher empirischen Überprüfbarkeit; die dahinterstehende Behauptung disqualifiziert sich damit als Beweis von Rechts- und Sittenwidrigkeit der Versicherung bzw. in concreto der Haftpflichtversicherung selbst. Besteht hingegen ein Beweis des Missbrauchs, d.h. kann dem Versicherten eine vorsätzliche Schadensbewirkung nachgewiesen werden, wird der Versicherer eo ipso von seiner Leistungspflicht entbunden.

Als Massstab für die Widerrechtlichkeit bzw. Sittenwidrigkeit kann – wie aus diesen Ausführungen ergeht – nicht ein gradueller – weil nicht überprüfbarer – geradezu spekulativer Abbau der vorne angesprochenen moralischen Barriere gelten. Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob die Versicherung nicht geradezu das Widerrechtlichkeits- und Sittenwidrigkeitsverbot von OR 20 "neutralisieren" würde. Eine "Neutralisation" würde aber nur erreicht mit der Zulässigkeit der Versicherung von Schäden, verursacht durch vorsätzliche, vorab strafbare Handlungen; sodann durch die Vereitelung des Strafzwecks per Versicherung[34].

Zusammenfassend sind Versicherungsverträge folglich nur dann als mit Recht und Sitte unvereinbar zu betrachten, wenn sie

– Strafzwecke vereiteln und
– vorsätzliche Schädigungshandlungen "belohnen"[35].

cc) *Anwendung auf die "D & O":* Obige Überlegungen finden grundsätzlich die gleiche Anwendung auf die Frage, ob sich eine "D & O" mit unserer Rechtsordnung vereinbaren lasse. Zusätzliche Gedanken rechtfertigt jedoch das besondere Treueverhältnis, in dem sich der Verwaltungsrat (und die Geschäftsführung) – zumindest gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären – befindet[36]. Wie mir scheint, lässt sich aber auch das Problem "Treubruch" nach dem vorgezeichneten Konzept lösen: Denn wie er auch aussehen mag, ob beispielsweise ein durch Doppelvertretung ausgelöster Interessenkonflikt besteht, Insider-trading vorliegt, ob indirekt oder direkt befriedigte finanzielle Interessen im Spiel sind, immer wird der schädigenden Handlung die Kalkulation der möglichen Konsequenzen vorausgegangen sein. Gewichtiger noch als diese Überlegung dürfte bei der Lösung des Problems "Versicherbarkeit von Haftpflicht aus Treubruch" sein, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle von Treubruch persönlicher Profit in irgendeiner Form auslösendes Moment für die schädigende Handlung ist; eine Erfahrung, die zur Folge hat, dass sich wohl kaum ein Versicherer finden wird, der derartige Fälle deckt[37]. Dem Argument, dass mit dem Anstreben eines persönlichen Vorteils gewöhnlich ein Schädigungsvorsatz ein-

33 Eine Entwicklung, die für den Bagatellschadenbereich von der Versicherungspraxis als erhärtet angesehen wird.
34 Vgl. Keller 232 oben.
35 Vgl. VVG 14 I.
36 Vgl. Thalmann 22 ff.
37 Vielmehr gehören ungerechtfertigte Profite und Entschädigungen zu den Standardausschlüssen der US-Police: vgl. vorne § 9 II. 3. c) dd).

hergehe, muss – einschränkend – allerdings entgegengehalten werden, dass eine Person, die sich anschickt, einen persönlichen Vorteil zu erreichen, dies nicht ohne weiteres mit dem Vorsatz der Schädigung eines Dritten, sei dies die Gesellschaft, deren Aktionäre oder Gläubiger, zu tun braucht[38]. Die Situation, in der der Handelnde jedoch nicht zumindest eventualvorsätzlich agiert, ist allerdings schwer vorstellbar. Dann aber wäre die Versicherbarkeit solcher Handlungen noch viel stossender, als sie es bar jedes Schädigungsvorsatzes schon ist.

c) *Die Stellung von VVG 14 I:* So klar und einleuchtend das gefundene Ergebnis auch zu sein scheint, es bedarf im Zusammenhang mit VVG 14 I der Verfeinerung. VVG 14 I schliesst die Leistungspflicht des Versicherers aus, sofern der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte den Schaden absichtlich herbeigeführt hat. Diese Norm stellt jedoch dispositives Recht dar[39]. Nach Keller ist VVG 14 I nicht als Konkretisierung von OR 20 zu verstehen[40], womit jegliche selbständige Bedeutung dieser Bestimmung entfallen würde; vielmehr gehe es darum, "durch Artikel 14 I die rechtliche Bedeutung der absichtlichen Herbeiführung des befürchteten Ereignisses unter dem versicherungstechnischen Gesichtswinkel des Gefahrenmomentes festzulegen". Wie der Verweis Keller's auf VVG 33 zeigt, heisst das im Klartext, dass der Versicherer bei der Schadenabwicklung – vorbehältlich anderer Abrede – bei absichtlicher Schadensbewirkung schon ex lege und nicht erst aufgrund allgemeiner oder besonderer Vertragsbedingungen von seiner Leistungspflicht entbunden ist.

Mit VVG 14 I wird m.a.W. nicht die Frage beantwortet, ob eine Versicherung bzw. eine bestimmte Versicherungsleistung vor OR 20 bestehen könne: Diese Frage ist vielmehr durch OR 20 selbst zu beantworten[41].

Als grundsätzlich mit der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten vereinbar zu bezeichnen ist eine Leistung dann, wenn sie nicht der Person zufällt, die den Schaden absichtlich bewirkt hat[42]. Sind Schädiger und Forderungsberechtigter jedoch identisch, so ist die Zulässigkeit der Versicherungsleistung i.S. von OR 20 I bzw. 19 II zu prüfen[43]. Keller nennt als Zulässigkeitskriterium – immer unter der Voraussetzung, dass die Versicherungsleistung dem Schädiger zukomme –, dass die absichtliche Herbeiführung des befürchteten Ereignisses "nur individuell schädigend" wirke, "wo ihre materiellen oder ethischen Folgen nicht über die persönliche oder

38 Vgl. Columbia Law Review 720, wo u.a. das Beispiel des Verwaltungsrates angeführt wird, der – indirekt sicher zu seinem Vorteil – Gesellschaftsmittel einsetzt, um sich, vermeintlich zum Besten der Gesellschaft, in einem "proxy fight" zu behaupten.

39 Vgl. VVG 97 f.; Keller 272; Maurer 270; König 299.

40 Vgl. Keller 272.

41 VVG 100: "Soweit dieses Gesetz keine Vorschriften enthält, finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechtes Anwendung."

42 So Keller 272 f.

43 Vgl. Keller 273.

wirtschaftliche Individualsphäre des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten" hinausgreife[44].

Bei gleichzeitig "überindividueller" Schädlichkeit (die absichtliche Herbeiführung ist geeignet, "in ihren Folgen das Gemeinwohl zu gefährden (absichtliche Brandstiftung) oder die öffentliche Moral zu verwirren (absichtliche Schädigung einer fremden Person oder Sache)") verstösst eine Versicherungsleistung dann gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten, wenn sie dem Schädiger zukommt[45] bzw. wenn der Schädiger durch die Leistung bereichert wird. "Bei den meisten Schadenversicherungsbranchen, insbesondere bei der Feuerversicherung und Haftpflichtversicherung, würde es aus guten Gründen dem herrschenden Volksbewusstsein widerstreben, wenn der Versicherungsnehmer sich gegen die ökonomischen Folgen seiner absichtlichen Handlung sicherstellen könnte"[46]. Diese Aussage kann sehr schön veranschaulicht werden durch die Gegenüberstellung von Vertrauensschadenversicherung[47] und Haftpflichtversicherung anhand des folgenden lapidaren Sachverhaltes: Ein Angestellter veruntreut Gelder seines Arbeitgebers.

Besteht eine Vertrauensschadenversicherung, die der Arbeitgeber oder der Delinquent selbst zugunsten seines Arbeitgebers abgeschlossen hat, so wird der Versicherer dem Arbeitgeber den entstandenen Schaden ersetzen. Im Umfange der erbrachten Leistung erwächst ihm ein (vertragliches) Regressrecht gegen den Schädiger. Die gleiche Situation mittels einer Haftpflichtversicherung zugunsten des Schädigers eingefangen, führte zum stossenden Ergebnis, dass der Versicherte um den veruntreuten Betrag bereichert würde; denn mit der Haftpflichtversicherung wird ja per definitionem dem Versicherten – im Rahmen der gewährten Deckung – ein Befreiungsanspruch[48] gegen Ersatzforderungen aus seinem deliktischen Handeln gewährt. Eine Versicherung, die ein derartiges Ergebnis zeitigte, würde zweifelsohne gegen OR 20 I verstossen und wäre nichtig. Wie mir scheint, ist darüber hinaus allerdings noch zu fragen, ob nicht auch die Vertrauensschadenversicherung zur Entlastung des Schädigers von zivilen Folgen seiner strafbaren Handlungen führt, indem durch sie die vermögensrechtliche Belastung des Straftäters ins Ermessen des mittels Regressrechts klageberechtigten Versicherers fällt. Diese Konsequenz wurde offenbar im Interesse des Schadenausgleichs in Kauf genommen; eine Lösung, die wohl verständlich ist, aber nicht in allen Teilen befriedigen kann.

44 Keller 273.
45 Vgl. Keller 273.
46 So Keller 273/274.
47 Mit der Vertrauensschadenversicherung werden Schäden des Arbeitgebers gedeckt, die ihm durch strafbare Handlungen des Arbeitnehmers (StGB 140/142: Veruntreuung; StGB 141, 142: Unterschlagung; StGB 137, 138: Diebstahl und Entwendung; StGB 148: Betrug; StGB 159: ungetreue Geschäftsführung; StGB 251: Urkundenfälschung) entstehen.
Die Police existiert in einer Arbeitgeber- und in einer Arbeitnehmervariante.
48 Vgl. Maurer 414.

III. Vereinbarkeit der "D & O" mit dem ordre public[49] *in den USA*

1. Ausgangspunkt der Diskussion

Wie bereits vorne in § 6 kurz geschildert, betrachtete man bis zum Jahre 1939 – gemäss den Grundsätzen des common law – Ansprüche der D & O[50] gegen die Gesellschaft auf Ersatz ihrer Kosten aus Verantwortlichkeitsklagen wegen Misswirtschaft und Verschwendung von Gesellschaftsaktiven unter bestimmten Umständen als gerechtfertigt[51]. Anderer Ansicht waren die Richter in einem New Yorker-Fall aus dem Jahre 1939[52]. Sie entschieden, dass die Gesellschaft keine Pflicht treffe, dem Verwaltungsrat die Kosten zu ersetzen, die ihm aus der erfolgreichen Verteidigung gegen eine "derivative action"[53] erwachsen seien. Die erfolgreiche Verteidigung eines "directors" sei ohne Nutzen für die Gesellschaft, wurde argumentiert, eine Zahlung wäre deshalb als "ultra vires" und somit widerrechtlich einzustufen[54]. Dieses Urteil wurde als "bad law" qualifiziert und dessen präjudizieller Einfluss umgehend durch gesetzliche Regelung des Problems neutralisiert[55].

Zwei verschiedene Lösungen wurden getroffen: Einige Staaten[56] machten den Ersatzanspruch abhängig von der erfolgreichen Verteidigung oder einer sonstwie billigen Anspruchsbegründung (equitable entitlement), festgestellt durch das Gericht oder eine andere unparteiische Instanz (unbeteiligte Verwaltungsräte oder unabhängiger Berater). Die überwiegende Zahl von Staaten folgte der Lösung des MBCA. Danach ist die Entschädigung erlaubt, sofern die einzelne Gesellschaft diese bejaht hat, und zwar mittels Gründungsurkunde, Gesellschaftsstatuten, Generalversammlungsbeschlüssen oder ähnlicher Legitimationsakte (other authorization)[57]. Die Rechtsprechung zog nach und begründete den "common law"-Anspruch des "directors" mit

- der Aufmunterung des unschuldigen Verwaltungsrates, sich gegen ungerechtfertigte Anschuldigungen zu wehren, und damit, ihm zur Möglichkeit zu verhelfen, einen kompetenten Rechtsbeistand beauftragen zu können,
- dem Gedanken, verantwortungsbewusste Geschäftsleute für den Verwaltungsrat zu gewinnen,

49 public policy considerations.
50 In etwa gleichzusetzen mit Verwaltungsrat und Geschäftsführung.
51 Vgl. Columbia Law Review 716; Sheehan 2.
52 New York Dock Co. v. McCollum, 16 NY 2d 844 (S. Ct. 1939), zit. bei Sheehan 2.
53 Die "derivative action" entspricht in etwa der Klage auf Ersatz mittelbaren Schadens nach OR 755: vgl. Oesch 30 ff., insbes. auch den Vergleich zwischen "derivative action" und Klage aus OR 755: 224 f.
54 Vgl. Sheehan 2.
55 Sheehan 2 f.
56 Connecticut, New Hampshire, New York, South Carolina und Tennessee.
57 Vgl. Sheehan 2/3.

– dem Gedanken auch, die Klagelust der Aktionäre in Form der "strike suits"[58] zu dämpfen[59].

2. Ergebnis 1

Aus dieser Darstellung sind drei Einsichten zu gewinnen:

– Hält die Belastung der Gesellschaft mit den Kosten aus erfolgreichen Verteidigungen und ähnlichen aus Billigkeitsgründen zulässigen Titeln ihrer D & O stand vor dem "common law"-Test, so ist auch die Versicherung dieser Risiken zulässig: erstens, weil die Risikotragung durch die Gesellschaft (= das Risiko, einen D oder O für seine Kosten entschädigen zu müssen) als mit dem aktienrechtlichen Kräfteverhältnis zwischen Aktionären, Gesellschaft und Organen vereinbar erscheint; zweitens, weil diese Risikoübernahme der Gesellschaft selbst eine Versicherung der Organe darstellt.

– Bejaht man die Indemnifikation und formuliert man zugleich deren Voraussetzungen, so steckt man auch den Rahmen der Fälle ab, in denen sich D & O nach anderen Sicherungen umsehen müssen[60].

– Sekundäre Auswirkung der Indemnifikationsproblematik ist die (vorne in § 9 dargestellte) daraus hervorgegangene Zweiteilung der amerikanischen "D & O" in eine "Corporate Reimbursement"-Police und eine "D & O Liability"-Police.

Allein, mit der aufgezeigten Indemnifikationsregelung[61] ist für die Frage der Übereinstimmung der "D & O" mit der "public policy" noch nichts Wesentliches gewonnen. Zwar weiss man nun, dass Indemnifikation grundsätzlich erlaubt ist und die "D & O" im gleichen Umfang auch erlaubt sein muss, doch ist der Katalog an Unsicherheiten damit noch kaum angetastet:

– Trotz der angeführten Gesetzgebung bestand von Anbeginn an keine konstante Lehrmeinung zugunsten der Übereinstimmung von Indemnifikation mit den Grundsätzen des "common law"[62].

  Die blosse Anerkennung brachte keinen Massstab für die Zulässigkeit der Indemnifikation, geschweige denn für die Zulässigkeit der "D & O" in den verbleibenden Fällen.

58 Black's definiert "strike suits" folgendermassen (1276): "Shareholder derivative action begun with hope of winning large attorney fees or private settlements, and with no intention of benefitting corporation on behalf of which suit is theoretically brought."

59 Sheehan 3 f.

60 Vgl. Columbia Law Review 717.

61 Vgl. zur ausführlichen Darstellung vorne § 7.

62 Sheehan (5 und 26) verweist beispielsweise auf die gewandelte Beurteilung der Zulässigkeit der Indemnifikation durch den Yale Prof. J. Bishop über einen Zeitraum von 11 Jahren hinweg (1956–1967); ablehnend immer noch Wakeling.

3. Massstab für den Zulässigkeitstest

a) *Grundregel:* Die "public policy" steht einer Indemnifikation und entsprechend der "D & O" entgegen, wo die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten (outsiders) der Abschreckung vor verpöntem Verhalten (disfavored conduct) dient[63]; eine Formel, die auch auf das Verhältnis zur Gesellschaft anzuwenden ist.

b) *Zulässigkeitskriterien:* Mit der genannten Grundregel allein lässt sich auch noch kein Staat machen. In ihrer Absolutheit würde sie jeglicher Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit entgegenstehen. Immerhin hat sie zu einer Allerweltsausschlussklausel mit dem Inhalt geführt, dass "D & O"-Deckung nur in den mit der "public policy" vereinbaren Fällen gewährt werden solle[64].

aa) *Haftpflichtrechtliche Überlegungen:*
Regel 1: Beeinflussbarkeit der Versicherten
Als Zentrum der Betrachtungen wird das Verhalten der Versicherten gehalten. Dabei soll für die Zulässigkeitsüberlegung nicht sosehr darauf abgestellt werden, ob der Verantwortliche vorsätzlich gehandelt habe, sondern eher darauf, ob die Aussicht auf Entlastung geeignet ist, vorsätzliches Handeln zu bewirken[65].

Regel 2: Abwägung der Haftungsgründe
An zweiter Stelle des Zulässigkeitstests steht die Frage nach dem Stellenwert, den die Gesellschaft (society) dem Interesse an der Entschädigung des typischen Geschädigten im Rahmen der versicherten Gefahr beimisst. Neben dem Schutz des Versicherten selbst wird v.a. der sozial erhebliche Wert der Haftpflichtversicherung als Instrument des Schadenausgleichs hervorgehoben; ein Wert, der in der Automobilhaftpflicht in den USA dazu geführt hat, dass auch mutwilliges und rücksichtsloses Handeln (wanton and reckless conduct) die Deckung nicht beeinflussen[66]. Somit ist zumindest bezüglich des "zivilen" Schadenersatzes (civil damages) die Ausgleichsidee als versicherungsfreundlich zu berücksichtigen, während sie hinsichtlich des "pönalen" Schadenersatzes (punitive damages)[67] ausser Betracht fällt[68].

63 Vgl. Columbia Law Review 717.
64 Vgl. vorne § 9 II. 2. b) bb). Sodann Columbia Law Review 717: Ein solcher Ausschluss veranschaulicht zwar einerseits das identische Interesse von "public policy" und Assekuranz an praktizierter Geschäftsethik, indiziert aber andererseits auch die Unsicherheit des Versicherers in dieser Branche und lässt drittens vermuten, dass die "D & O" – zumindest ursprünglich – nicht der subjektiven Überzeugung der Versicherer von der Versicherbarkeit dieser Haftung entsprungen ist, sondern Kind einer durch Grosskundschaft und Konkurrenzdruck erzwungenen Zeichnungspolitik war bzw. immer noch ist.
65 Columbia Law Review 718. Ich habe diese Überlegung als nicht verifizierbar für unser Recht verworfen: vgl. vorne II. 2. b) bb).
66 Columbia Law Review 718.
67 Vgl. zum Begriff vorne § 1 in Anm. 41.
68 So zumindest die Ansicht einer Mehrheit von Autoren, die die "punitive damages" als Zahlungsverpflichtung mit pönalem Charakter bezeichnen: vgl. Columbia Law Review 719.

bb) *Gesellschaftsrechtliche Überlegungen:*

Regel 3: Treuetest

Ein "director" verstösst gegen seine Treuepflicht, wenn er auf Rechnung und Gefahr der Gesellschaft bzw. auf eigene Rechnung und Gefahr entgegen dem Gesellschaftsinteresse (best interest of the corporation) handelt[69]. Als eindeutiger Verstoss gegen die "public policy" würde daher die Versicherung eines "directors" gesehen, der aus dem vorsätzlichen Treubruch zum Schaden der Gesellschaft profitiert hat[70]. Nicht immer dürfe man jedoch vorsätzliche Schädigung annehmen; so sei gerade im in guten Treuen getroffenen Entscheid eines möglichen Interessenkonflikts oftmals erst a posteriori ein Verstoss gegen die Gesellschaftsinteressen zu ersehen[71]. Gerade hier jedoch – bei der bewussten Entscheidung eines Interessenkonflikts – solle die zivile Haftung als Abschreckung dienen, sei eine Versicherung daher unzulässig[72].

Im Kontext der Treupflicht gegenüber der Gesellschaft wird die Zulässigkeit einer Haftpflichtversicherung somit nicht zuletzt auch deshalb verneint, weil der Verantwortlichkeit im Verhältnis zur Gesellschaft nicht die Ausgleichsidee zugrunde liege, sondern die Kontrolle der Verwaltung durch die Aktionäre[73]. Dieser Ausschluss der Versicherung solle jedoch nicht auch die Überwälzung der Verfahrenskosten miteinbeziehen – ob der "director" nun schuldig oder nicht schuldig sei, bleibe sich gleich[74].

Regel 4: Sorgfaltstest: Verhältnis von Sorgfaltsmassstab und "business judgment rule"

Die amerikanische Rechtsprechung umschreibt die für den "director" geforderte Sorgfalt in der Erledigung seiner Aufgaben mit dem für unsere Begriffe niedrigen Mass an Sorgfalt, das ein Mann von gewöhnlicher Intelligenz und Sorgfalt unter ähnlichen Umständen an den Tag gelegt hätte, bzw. mit dem Mass an Sorgfalt, das ein Mann von gewöhnlicher Intelligenz in eigenen Angelegenheiten angewendet

69 Als Beispiele solcher Verstösse werden genannt: Betrug, Unterschlagung, Verschwendung von Gesellschaftsaktiven, Ausnützen von Gesellschaftschancen zu eigenen Zwecken sowie verschiedene Formen von Eigengeschäften; vgl. Columbia Law Review 719.

70 Etwa die Aushöhlung der Gesellschaft.

71 Nach schweizerischem Recht würde hier eine Verantwortlichkeitsklage entfallen, sofern die Kriterien der objektivierten Sorgfalt bei der Entscheidung des "versteckten" Interessenkonfliktes erfüllt wären; die Versicherungsfrage fiele dahin.

72 Columbia Law Review 720.

73 So Columbia Law Review 722.

74 Vgl. Columbia Law Review 722. Die Begründung hiezu erscheint mir eher zweifelhaft:

Das Bewusstsein, im Verantwortlichkeitsfall nicht auch noch die Verfahrenskosten tragen zu müssen, wirke nicht speziell negativ auf die Abschreckung der Haftpflicht an sich.

Eine Gesellschaft, die Mördern und Sexualverbrechern kostenlos Rechtsbeistände zubillige, könne nicht darauf beharren, dass ein schuldiger oder nicht schuldiger "director" seine Verfahrenskosten aus dem eigenen Sack bezahlen müsse.

hätte[75]. Der Kommentator der Columbia Law Review spricht sich für die Versicherbarkeit der fahrlässigen Verletzung von Sorgfaltspflichten aus, beklagt jedoch die Tatsache, dass die "business judgment rule"[76] die Haftung wegen Fahrlässigkeit und deshalb die Versicherungsfrage gar nicht akut werden lasse[77]. Es scheint mir allerdings, dass die BJR nur dann zur Entlastung zu dienen hat, wenn die erforderliche Sorgfalt in der Erledigung der bestehenden Aufgaben angewendet worden ist[78], m.a.W. soll sie nur vor einer Haftung für den Unternehmenserfolg schützen.

Gleichwohl hat die BJR offenbar als Auffangbecken für fahrlässige Handlungen gedient; dies jedoch nur für "directors" bei der Verwaltung von Risikokapital, nicht aber für Bankiers, die bei der Verwaltung von Sparkapitalien einer schärferen Haftung unterliegen[79]. Der Schutz der BJR – so muss weiter beigefügt werden – beschränkt sich auf den Tätigen: "The directors who have been held liable for negligence, have been those who did not direct"[80].

Wieder stehen sich bei der Frage der Versicherbarkeit Ausgleichsprinzip und Schutzprinzip[81] gegenüber. Obwohl die "D & O" als Abbau des Aktionärsschutzes empfunden wird, betrachtet der Kommentator der Columbia Law Review die "D & O" als zulässig, sofern die Versicherung den Verantwortlichen nicht total entlaste. Entsprechend sehen denn auch die gängigen Policen einen unversicherbaren Selbstbehalt der ersten US-$ 5'000.– bis 20'000.– des Schadens sowie von 5% des Restschadens vor[82].

Regel 5: "ultra-vires"-Handlungen

Der Kommentator hält Handlungen "ultra vires" für versicherbar, sofern der Handelnde gutgläubig (in good faith) war[83]. Er begründet dies mit der blossen Aus-

75 Vgl. Columbia Law Review 722: Dieses Sorgfaltsmass entspricht der für unser Recht abgelehnten "diligentia quam in suis". Vgl. vorne § 1 II. 2. b) bb); vgl. vorne § 6 zur eingehenderen Behandlung der in den USA gültigen Sorgfaltsmassstäbe.

76 "Questions of policy of management, expediency of contracts or action, adequacy of consideration, lawful appropriation of corporate funds to advance corporate interests, are left solely to (the directors') honest and unselfish decision, for their powers theirin are without limitation and free from restraint ...": so der New York Court of Appeals in Pollitz v. Wabash R.R., 207 N.Y. 113, 124, 100 N.E. 721, 724 (1912), zit. in Columbia Law Review 725.

77 Columbia Law Review 724/725.

78 So auch einer der angeführten Kommentatoren: vgl. Columbia Law Review 725, Anm. 57; ebenso vorne § 6 II. 4. d).

79 Columbia Law Review 726.

80 Columbia Law Review 727.

81 Columbia Law Review 727: "Shareholders often lack effective control over those who manage their corporation, and a lawsuit is one of the few ways, perhaps the only effective way (vgl. aber WSJ vom 27. Mai 1981, 11 f.: "Holders Complain They Lack Power To Challenge Insider Transactions") for keeping directors attentive to their duties."

82 Vgl. Columbia Law Review 728, aber auch Grossfeld, Festvortrag, 53 für die Haftpflichtversicherung im allgemeinen.

83 Gutgläubigkeit wird hier gleichgesetzt mit blossem Nichtwissen: vgl. die Kritik dazu vorne in § 1 in Anm. 25.

gleichsfunktion einer solchen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft[84]. Zu beachten bleibt immerhin, dass diese Begründung in Fällen, in denen Identität zwischen Verwaltungsrat und Aktionären besteht, nicht ohne weiteres tragfähig ist.

4. Ergebnis 2

Die Darstellung der amerikanischen Überlegungen hat bestätigt, dass die Versicherbarkeitsfrage für die "D & O" abhängig gemacht werden muss

- von den *Haftungsgründen* bzw. von einer Gewichtung der einzelnen Haftungsgründe einerseits und der Gegenüberstellung von Resultat (dieser Gewichtung) und Interesse der Gesellschaften und ihrer Leistungen an einer solchen Versicherung andererseits und
- dem *Verhalten der Versicherten;* ein Resultat, das den vorne in II. 2. b), insbesondere unter aa) a.E. gemachten Ausführungen entspricht.

  - Ein Wort zum Kriterium "Haftungsgründe": Die Präventionsfunktion der Verantwortlichkeit ist in zweierlei Hinsicht verletzlich: Einmal kann ihre Wirkung dadurch paralysiert werden, dass sie – wie in der Schweiz – abgesehen von Liquidationsfällen ohne praktische Relevanz ist[85]. Zum anderen liegen die der Verantwortlichkeit zugrundeliegenden Intentionen ebenso brach, wenn – wie in den USA u.a. aus Gründen der Klagefreudigkeit der Aktionäre – die Verantwortlichkeit auch für den kompetenten, pflichtbewussten Geschäftsmann zum unkontrollierbaren Risiko wird und die Verwaltungsratssuiten – etwas überspitzt formuliert – geradezu zu Tummelfeldern für Hasardeure werden. Die "D & O" mag gegen die Präventionsidee verstossen, doch entscheidet sie – wie das Selbstbehaltsbeispiel zeigt[86] – keineswegs über den Bestand der Prävention. "D & O" reduziert vielmehr die Verantwortlichkeit auf ein vertretbares Mass.
  - Zum Kriterium "Verhalten der Versicherten" ist folgendes beizufügen: Die Verschiebung des Zulässigkeitskriteriums von der Vorsätzlichkeit auf die Ebene der Beeinflussbarkeit[87] ist kritisch zu betrachten, denn sie führt m.E. für die a-priori-Beurteilung der Zulässigkeit zu Rechtsunsicherheit, weshalb

84 Vgl. Columbia Law Review 728.
85 Vgl. vorne § 1.
86 Zur Illustration dieser Behauptung diene ein (fast) fiktives Beispiel: Bei einem eingeklagten und zuerkannten Schadenersatz von Fr. 10 Mio. würde bei einem fixen Selbstbehalt von Fr. 50'000.– und von 5% der Restsumme ein verantwortlicher Verwaltungsrat Fr. 547'000.– zu tragen haben, eine erkleckliche Summe also, bei deren Betrachtung es schwerfällt, der "D & O" präventionsvernichtende Wirkung zu unterstellen.
87 Vgl. vorne Regel 1.

der positive Beweis des Einflusses der Versicherung auf die Handlungsweise des Versicherten in der a-posteriori-Beurteilung – der Beweis der Vorsätzlichkeit – vorzuziehen ist.

§ 11 Verbleibende Fragen

I. Allgemeines

1. Versicherbarkeit des Unternehmerrisikos

Gegenstand von § 10 war die Klärung der Frage, ob und inwieweit die "D & O" mit unserer Rechtsordnung vereinbar sei. Ich habe m.a.W. die minimalen Anforderungen der Zulässigkeit einer "D & O" ausgelotet. Es verbleibt zu fragen, wo bzw. ob eine obere Grenze anzunehmen sei: D.h. sind der Versicherung des Unternehmerrisikos, verstanden als negativen Erfolg einer unternehmerischen Entscheidung (= Wahl zwischen dem "almost right" und dem "probably wrong"[1]), einmal abgesehen von der wirtschaftlichen Ratsamkeit, allenfalls auch rechtliche Grenzen gesetzt?

2. Die Verteidigungskosten

Ausgehend von der zivilrechtlichen Haftung gemäss OR 754, klärt § 10 allgemein, unter welchen Umständen der Verantwortliche die finanziellen Konsequenzen seines Handelns (Schadenersatz und Bussen) selbst zu tragen hat bzw. wann er diese auf einen Versicherer abwälzen kann. Die Untersuchung der amerikanischen Police hat gezeigt, dass die aus der Verteidigung von Verantwortlichkeitsklagen anfallenden Kosten beträchtlich sind. Kann sich der Verantwortliche dagegen absichern, einschliesslich der Fälle, in denen er – in zivil- und strafrechtlichen Verfahren – für schuldig befunden wird?

3. Versicherungsnehmer und Prämienschuldner

Ungeklärt ist bis anhin auch geblieben, wer Vertragspartner des Versicherers, d.h. Versicherungsnehmer, sein soll, und endlich die Frage, aus wessen Geldbeutel die recht ansehnlichen Prämien[2] einer solchen Versicherung bezahlt werden sollen.

1 Vgl. Drucker 146.
2 Vgl. The Wyatt Report 1979, 55 ff.

II. Versicherbarkeit des Unternehmerrisikos

1. Verantwortlichkeit – ein Teil des Unternehmerrisikos

Das New Yorker "Business Corporation Law" bestimmt ausdrücklich, in welchem Umfang eine Gesellschaft berechtigt ist, ihre D & O zu versichern[3]. Zur Begründung dieser expliziten Bejahung der "D & O" wird angeführt, es entspreche der "public policy" des Staates New York, "to spread the risk of corporate management"[4]. Mit "risk" ist dabei nicht die "Möglichkeit, dass sich positive (unternehmerische)[5] Erwartungen nicht erfüllen"[6], gemeint. "risk" ist folglich auch nicht als Differenz zwischen einer Deckungslimite und dem effektiv erwirtschafteten Gewinn zu verstehen[7]. "risk" ist vielmehr – dem Gegenstand der "D & O" entsprechend – als die Möglichkeit aufzufassen, dass die Nichterfüllung positiver (unternehmerischer) Erwartungen zurückzuführen ist auf das Fehlverhalten bestimmter Personen, denen dieses Fehlverhalten vorwerfbar ist und die obendrein auch von den Anspruchsberechtigten (Gesellschaft, Aktionäre, Dritte) zivilrechtlich belangt werden. "risk", so kann nicht genügend betont werden, kann und darf in diesem Zusammenhang nie Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinne bedeuten. Gleichwohl sind die Begriffe der Verantwortlichkeit und des Unternehmerrisikos nicht voneinander zu trennen: Weshalb?

Die Verantwortlichkeit wie das Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinne[8] liegen beim ersteren vollkommen, beim letzteren wenigstens teilweise in Handlungs- bzw. Entscheidungsweise und -güte der unternehmerischen Akteure begründet. Anders formuliert, verkörpert die Verantwortlichkeit den auf die schuldigen Akteure überwälzbaren Teil des Unternehmerrisikos in einem weiteren Sinne in der Umschreibung von Lucius[9].

3 N.Y. Bus. Corp. Law § 727, zit. bei Knepper 250.

4 Vgl. Knepper 250. Eingeschränkt wird diese Zusage an die "D & O" mit dem eher schwammigen Verweis, dem sei so, sofern dadurch keine anderen einzel- oder bundesstaatlichen Gesetze verletzt würden.

5 Die Einschiebung stammt von mir.

6 Vgl. Haller 26.

7 Vgl. Lucius (283), der hauptsächlich gestützt auf das Argument, das Unternehmerrisiko sei – aufgespalten in seine Teilrisiken (Produktions-, Lager-, Transportrisiken usw.) – schon grösstenteils gedeckt (280 f.), eine Art Ertragserwartung für versicherbar hält. Lucius schwört hier, wie mir scheint, einem Universalprinzip der Wirtschaft ab, das den Ertrag als Resultante aus einem Produktions- und Vertriebsvorgang versteht, nicht aber als Rente.

8 Vgl. die Definitionen bei Lucius 277 ff., u.a. diejenige aus Gablers Wirtschaftslexikon, 8. Aufl. (987-988): "Das Unternehmerwagnis ist das allgemeine, unvorhersehbare und nicht berechenbare persönliche oder Kapitalrisiko, das der Unternehmer zu tragen hat", verursacht etwa durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung, die spezielle Entwicklung einer Branche, die Veränderung rechtlicher Rahmenbedingungen oder eben die Fehldispositionen von Unternehmensführungen.

9 280.

2. Die Abgrenzung von Verantwortlichkeit und Unternehmerrisiko im eigentlichen Sinne

Eine AG handelt per definitionem durch ihre Organe. Handeln die Organe im ihnen von Gesetz, Statuten, Reglementen usw. gesetzten Rahmen, so haben die Gesellschaft bzw. deren Aktionäre mit Befriedigung oder Unlust die gezeitigten Ergebnisse zu tragen[10]. Wo aber ist nun der Übergang von der Haftung des Risikokapitals zur Haftung der Aktiven der Organe für ein missliches Ergebnis anzusiedeln[11]?

Die AG wird als "Kapitalpumpe"[12] unserer Wirtschaft bezeichnet. Sie dient der Verwirklichung von Projekten, die die Finanzkraft weniger übersteigen. Die Umschreibung weist auf die Bedeutung der AG als Instrument des wirtschaftlichen Wachstums hin. Wachstum heisst u.a. Bestehen im Wettbewerb und folgerichtig Eingehen von Risiken[13]. Diese – vertretbaren – Risiken sind dabei nicht gleichzusetzen mit halsbrecherischen wirtschaftlichen Gratwanderungen und verantwortungslosen Spekulationen[14], lassen aber handkehrum auch nicht die Auffassung zu, die AG sei als Pensionsfonds zu verstehen und deren Verwaltung lediglich der Substanzerhaltung bzw. der Erwirtschaftung eines nur minimalste Risiken erforderlichen minimalen Gewinns verpflichtet.

Schwierig ist daher die Aufgabe des Richters, im nachhinein zu bestimmen,

- einerseits, wo der Übergang von vertretbarem Risiko zu Fahrlässigkeit liegt (womit die Verantwortlichkeit begründet wäre) und
- andererseits, wo leichte in grobe Fahrlässigkeit übergeht (womit der Versicherer nach VVG 14 II die Möglichkeit bekäme, seine Leistung zu kürzen).

Formeln wie "er hett scho sölle" und "wie hätt er au nu chöne"[15] helfen da nicht weiter: Wahre Entscheidungssituationen lassen nicht auf einen Schatz gleichartiger Erfahrungen zurückgreifen, wonach zu bestimmen wäre, wie sich ein vernünftiger Mensch in der gleichen Situation etwa verhalten hätte: Der Objektivierungsversuch gerät hier zwangsläufig zu einer haltlosen Fiktion. Zu begründen ist diese Aussage mit der Erfahrungstatsache, dass eine wahre Entscheidung[16] niemals mit Sicherheit die Wahl der richtigen, gewinnbringenden Alternative zulässt. Rationalität und Irrationalität im Entscheidungsprozess gehen eine schicksalshafte Verbindung ein, die zu entschlüsseln schwierig, wenn nicht unmöglich ist. Eine solche Situation bringt es mit sich, dass den Folgen der in Frage stehenden Entscheidung möglicher-

10 OR 620 I und II.
11 Angesprochen sind dabei nicht eindeutige Fälle wie Betrug, Veruntreuung, Unterschlagung oder etwa das Eingehen von Klumpenrisiken im Rahmen der Anlagepolitik.
12 In ähnlicher Weise Forstmoser/Meier-Hayoz, Gesellschaftsrecht, 245 N 3.
13 Ähnlich Johnston 2035.
14 Vgl. BGE 99 II 179 f. bezüglich des Verwaltungsrates, der 4/5 des Grundkapitals – bei Fehlen weiterer Gesellschaftsaktiven - in ein spekulatives Papier investierte, zit. bei Forstmoser, Verantwortlichkeit, 136.
15 Vgl. Maurer 261 in Anm. 455.
16 Im Gegensatz zur blossen Adaption vorgezeichneter Entscheidungsschemen.

weise ungebührendes Gewicht beigemessen werden mag. Findet im Einzelfall ein derartiges "judgment by hindsight" statt, dann wird die Beurteilung vom Bekannten (der angewendeten Sorgfalt) auf das Unbekannte (die am Entscheid beteiligte Intuition) verlagert. Dasjenige Risiko aber, das auch bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt bei jeder Entscheidung bestehen bleibt, ist von der Gesellschaft bzw. von deren Aktionären zu tragen. Jede Abwälzung auf die Schultern der Verwaltung oder gar einer Risikogemeinschaft wäre ungeziemend, soll das Instrument AG nicht seiner ureigensten Funktion entkleidet werden.

3. Ergebnis

Als Ergebnis aus den obigen Erörterungen ergeht einerseits die Forderung, dass bei Beurteilung von Verantwortlichkeitsfällen die Bestimmung der Gesellschaftsaktiven als Haftungssubstrat nicht ausser acht zu lassen ist, und andererseits, dass die Versicherbarkeit des Unternehmerrisikos im eigentlichen Sinne, so wie sie von Lucius vertreten wird[17], als unvereinbar mit dem Grundgedanken der aktienrechtlichen Risikoverteilung abzulehnen ist.

III. Die Verteidigungskosten

1. In zivilrechtlichen Fällen

Das schweizerische Recht ist grundsätzlich dem Prinzip der Übereinstimmung von Verschulden und Schadenersatz verpflichtet[18,19]. Die zunehmende Bürde von Verfahrens- und Vertretungskosten bringt dieses Gleichgewicht ins Wanken. Entsprechend stellt sich die Frage nach der Versicherbarkeit solcher Kosten.

17 Lucius 283.

18 Vgl. OR 43 I und OR 99.

19 Weniger als Ausnahme denn als unverständliche Inkonsequenz ist die Absage an dieses Prinzip im Zusammenhang mit OR 759 zu verstehen: vgl. zur Kontroverse Forstmoser, Verantwortlichkeit, 79 ff. Als positives Resultat aus dem Meinungsstreit ist ein Argument, das pro "D & O" gewonnen werden kann, zu werten: Die herrschende Meinung will auch den nur leicht Fahrlässigen unter den Solidarschuldnern aus Verantwortlichkeit auf den Gesamtschaden verpflichtet wissen. Diese schlecht zu rechtfertigende Härte spricht per se für eine Versicherungslösung. Die Schwäche der Betrachtungsweise liegt allerdings darin, dass der Versicherungsgedanke pervertiert und die "D & O" zum Lückenbüsser für eine gerechtere gesetzliche Ordnung gemacht wird.

Unproblematisch erscheint die Zulässigkeit der Deckung von Kosten aus der Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche[20]. Wie aber sind Fälle von leichter bzw. grober Fahrlässigkeit, vorsätzlicher Schadigung und Fälle strafrechtlicher Natur zu beurteilen? Bei sämtlichen Schattierungen von Fahrlässigkeit können dieselben Gründe für die Bejahung der Deckung von Kosten angeführt werden, wie sie bei der Frage nach der Zulässigkeit der Deckung von Schadenersatzleistungen angeführt wurden[21], vorab die Überlegung, dass der Einfluss des "Deckungsbewusstseins" auf die Handlungsweise des Verantwortlichen eine nicht messbare Grösse darstellt. Darüber hinaus sollte nicht vergessen werden, dass Verteidigungs- und Verfahrenskosten nie dazu missbraucht werden sollten, eine etwa fehlende Präventivwirkung gesetzlicher Regelungen wettzumachen[22]. Endlich ist darauf hinzuweisen, dass in allen Fällen, in denen schliesslich die Deckung bzw. die Fahrlassigkeit bejaht wird, die Rechtsschutzfunktion des Haftpflichtversicherers ihren legitimen Platz hat[23], denn sowohl der Versicherer als auch der Versicherte und indirekt alle derselben Risikogemeinschaft angehörenden Prämienzahler haben ein vitales Interesse an einer möglichst sorgfältigen Schadenerledigung.

2. In strafrechtlichen Fällen und bei persönlicher Bereicherung

Die Deckung von Verteidigungs- und Verfahrenskosten aus strafrechtlichen Verfahren und in Fällen persönlicher Bereicherung ist demgegenüber nicht so einfach zu bejahen. Für die Versicherbarkeit spricht immerhin auch hier, dass jeder Versuch, die Kostenlast zum Präventionsmittel umzufunktionieren, unzulässig wäre.

Hauptsächlichstes Argument, das allerdings auf sämtliche rechtlichen Auseinandersetzungen zutrifft, im strafrechtlichen Zusammenhang aber erst seine wahre Bedeutung erhält, ist ein rechtsstaatliches: Mit dem grundsätzlichen Ausschluss der Selbsthilfe[24] sind die Rechtsunterworfenen gehalten, ihre Konflikte vor Gericht auszutragen und die entsprechenden Kosten auf sich zu nehmen. Je nach den finanziellen Möglichkeiten der Beteiligten könnte diese Regelung als "Rechtswegsperre"[25] wirken, indem sie den grundsätzlichen Entscheid der Durchsetzung oder aber die

20 Die Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche ist vielmehr ein Wesenszug der Haftpflichtversicherung. Maurer (415) spricht geradezu von der "Rechtsschutzfunktion des Haftpflichtversicherers". Vgl. zum deutschen Recht Wagner 135; danach ist die Rechtsschutzverpflichtung gesetzlich verankert.

21 Vgl. vorne § 10 II. 2.

22 Vgl. die bei Barret (743) dargestellte, dahingehende, bedenkliche Argumentationsweise, die allerdings einer gewissen "self made"-Haltung der Amerikaner entspricht, eventuell aber auch einfach eine logische Konsequenz des "case law"-Systems ist.

23 Vgl. Wussow 338 ff., insbes. 340, wo er die Abwehr als eine Hauptpflicht des Versicherers bezeichnet.

24 Vgl. StGB 33 und 34, OR 52 zu Notwehr und Notstand bzw. Selbsthilfe.

25 Vgl. Rechtsstaat 331.

Qualität der Durchsetzung eines Anspruchs bzw. der Verteidigung in Strafsachen erheblich zu beeinflussen vermöchte. Hat der Staat einerseits die Institutionen zur Verfügung zu stellen und die Verfahren für die Austragung zivil-, verwaltungs- und strafrechtlicher Konflikte zu regeln, so obliegt ihm andererseits auch die Pflicht, allen Bürgern, ohne Ansehen ihrer Finanzkraft, die Möglichkeit zu eröffnen, ihre Rechte ordentlich wahrzunehmen. Diese Forderung ergibt sich aus dem verfassungsmässigen Grundsatz der Rechtsgleichheit[26]. Entsprechend sind die Kantone, denen gemäss BV 64 die Ordnung des Verfahrensrechtes überbunden ist, gehalten, die Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechtes zu formulieren[27]. Mit dem Grundsatz der staatlichen Garantie des Rechtsweges aber wird zugleich die Zulässigkeit der Rechtsschutzversicherung bejaht, die die Entlastung von Verfahrens- und Anwaltskosten auch einem weiteren, nicht unbedingt von finanziellen Nöten geplagten Kreis von Personen ermöglicht[28,29]. Aus diesen Überlegungen erhellt, dass es bei der Zulässigkeitsprüfung der Rechtsschutzversicherung nicht auf die im einzelnen bestehenden Gründe, weshalb der Rechtsweg beschritten wird, ankommen kann: Sowohl in Bereicherungsfällen als auch bei strafrechtlichen Tatbeständen ist die Versicherbarkeit des Rechtsschutzes somit gegeben.

3. Abgrenzung von Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung

Gegenstand der Haftpflichtversicherung ist die Entlastung des Vermögens des Versicherten von Haftpflichtansprüchen. Die Rechtsschutzversicherung soll das Vermögen des Versicherten von Verfahrens- und Anwaltskosten entlasten. An sich klar voneinander abgrenzbar, überschneiden sich diese beiden Versicherungsarten insofern, als die Haftpflichtversicherung, dem Interesse an der Abwehr unberechtigter oder überhöhter Schadenersatzansprüche entsprechend, eine gewisse Rechtsschutzfunktion erfüllt[30]. Die Leistungen des Haftpflichtversicherers beschränken sich dabei grundsätzlich auf Verfahrens- und Anwaltskosten aus zivil- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten[31]. Die Kosten aus strafrechtlichen Verfahren sind ebenso – grundsätzlich – der Rechtsschutzversicherung zuzuordnen. Zur besseren Wahrung

26 So BGE 57 I 343 ff., zit. bei Imboden/Rhinow I, 493.
27 Ähnlich BGE 57 I 343 ff., zit. bei Imboden/Rhinow I, 493 f.
28 Ähnlich Keller M. 36.
29 Vgl. zu Begründung, Umfang und Voraussetzungen des Armenrechtes: Imboden/Rhinow I, 181, 491 ff.; Sträuli/Messmer zu §§ 84 (N 1) ff. und 87 ff.; Noll 43 ff., insbes. 46 f.; Praxis 65 (1976) Nr. 187.
30 Maurer 415. Bielefeldt (8) weist darauf hin, dass der klaren Abgrenzung wegen die Abwehr ungerechtfertigter Haftpflichtansprüche bei der Rechtsschutzversicherung ausgeschlossen sei.
31 Vgl. Farner 63: Die Versicherung der gesetzlichen Haftpflicht umfasst sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Ansprüche, womit – das sei hier am Rande bemerkt – auch jene Steuern erfasst sind, für die die Organe subsidiär haften. Vgl. dazu die Liste von Bestimmungen aus dem Steuerrecht bei Forstmoser, Verantwortlichkeit, 171 ff.

ihrer Interessen behalten sich Haftpflichtversicherer allerdings meist die Übernahme der Verteidigung der Versicherten in Strafsachen vor[32].

Angesichts der gezeigten Verknüpfung von Haftpflicht und Rechtsschutz ist zu fragen, ob – etwa im Rahmen einer "D & O" – nicht eine weitergehende Verknüpfung von Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung anzustreben wäre. Der Gedanke muss verworfen werden. Die Begründung ist einfach: Die Verletzung des Prinzips der Spartentrennung würde unvermeidlich zu Interessenkonflikten beim Versicherer führen[33]. Der schweizerische Gesetzgeber trug diesem Problem Rechnung mit der grundsätzlichen Bejahung der Spartentrennung. Die Einschränkung ist festgehalten in VAG 13 III lit. b, wonach dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt wird, zu bestimmen, inwieweit "die Rechtsschutzversicherung in Verbindung mit der Haftpflichtversicherung betrieben werden darf"[34].

IV. Der Versicherungsnehmer und Prämienschuldner

1. Die Problemstellung

Zwei Fragen stellen sich: Von rein versicherungstechnischer Natur ist die Frage nach dem Versicherungsnehmer: Wer soll Vertragspartner des Versicherers sein: die Gesellschaft oder der einzelne D oder O? Unabhängig von der ersten stellt sich Frage zwei: Wer soll für die Prämien aufkommen?

2. Die Vertragspartei

Einzelversicherung oder Gruppenversicherung? Die Antwort ist schnell gefunden. Die Einzelversicherung böte m.E. unüberwindliche Nachteile für den Versicherer:

- Einmal wird die ohnehin schwierige Risikobeurteilung der "D & O" geradezu verunmöglicht bei Antragstellern, die in unzähligen Verwaltungsräten kleinerer und grösserer Unternehmen einsitzen.
- Sodann würden im Schadenfall mit Gewissheit jene Personen mit Versicherungsdeckung ins Recht gefasst. Da kaum sämtliche Mitverantwortlichen des Ver-

32 Vgl. Keller M. 63; Möller 846.

33 Vgl. Möller 846.

34 Wie aus der Botschaft des Bundesrates ergeht, entspricht diese Regelung der bisherigen Politik der Aufsichtsbehörde, wonach die aktive Zivil- und Strafrechtsschutzversicherung nur jenen Versicherungseinrichtungen bewilligt wurde, die keine anderen Versicherungszweige betreiben, der passive Zivil- und Strafrechtsschutz aber auch den Schadenversicherern in Verbindung mit der Haftpflichtversicherung zugestanden wurde: vgl. BBl 1976 II 902.

sicherten geneigt wären, sich eine teure "D & O"-Deckung zuzulegen, würde sich die Solidarhaftung unter den Verantwortlichen mit Sicherheit zuungunsten des einen Versicherungsnehmers auswirken[35].

Demgegenüber bietet die Gruppenversicherung, d.h. die Deckung eines durch Vertrag bestimmten Kreises potentieller Verantwortlicher der Versicherungsnehmerin, die Möglichkeit, sowohl den Kreis der versicherten Personen als auch das Risikopotential durch die Wahl der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin klar zu definieren.

3. Der Prämienschuldner

a) *Regelung des VVG:* Die Gruppenversicherungsvariante ist Anwendungsfall der Versicherung für fremde Rechnung[36]. Mit dieser Zuordnung ist jedoch nicht auch schon bestimmt, wer letztlich die Prämienschuld zu tragen hat. Grundsätzlich kann nur der Versicherungsnehmer – hier die Gesellschaft – als Vertragspartner des Versicherers Prämienschuldnerin sein[37]. Damit ist aber erst bestimmt, gegen wen sich die Forderung des Versicherers zu richten hat, nicht aber, wessen Vermögen die Prämie letztlich belasten soll. Das Gesetz selbst sieht bei der Versicherung für fremde Rechnung eine Abweichung vom Grundsatz der Identität von Versicherungsnehmer und Prämienschuldner vor[38]. Danach kann der Versicherer direkt auf den Versicherten greifen, vorausgesetzt dass

- kraft Vereinbarung zwischen Versicherungsnehmer und Versichertem der letztere die Prämienschuld zu tragen hat,
- der Versicherungsnehmer zahlungsunfähig i.S. der vom SchKG beachteten Insolvenz geworden ist[39] und
- der Versicherte seinen Beitrag an den Versicherungsnehmer nicht schon geleistet hat[40].

b) *Zulässigkeit der Übernahme der Prämienschuld durch die Gesellschaft?* Hat die Gesellschaft als Vertragspartnerin des Versicherers und Prämienschuldnerin – zumindest im externen Verhältnis – die Prämienschuld auch im internen Verhältnis zu tragen? O.a., ist die Übernahme der Prämienschuld durch die Gesellschaft überhaupt vereinbar mit unserem Aktienrecht?

35 So schon Warschauer 15.
36 VVG 16.
37 Vgl. Keller 310; VVG 18 I.
38 Vgl. VVG 18 II.
39 Vgl. Keller 313.
40 Vgl. zum Ganzen Keller 312 f.

aa) *Das Gebot der sorgfältigen Verwaltung:* Eine Antwort ergibt sich einmal mehr aus OR 722 I, wonach die Verwaltung "die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten" hat. Die Verantwortlichkeit – wie jegliche Art von Haftpflicht – ist seit langem ein Politikum. Die geradezu "galoppierende" Technisierung der Umwelt, ihre Schadenträchtigkeit, hat die absolut berechtigte Entwicklung von der Verschuldens- zur einfachen Kausalhaftung und zur Gefährdungshaftung hervorgebracht. Parallel zur technischen Entwicklung hat sich auch eine Entwicklung der Wirtschaft und ihrer Träger – der u.a. auch als AG organisierten Unternehmen – abgezeichnet, die wohl im heutigen Ausmass vom Gesetzgeber von 1936 kaum erahnt worden war. M.a.W. haben auch die Schadenspotentiale Grössenordnungen erreicht, die für die Verantwortlichen absolut existenzzerstörend wirken; ein Ergebnis, das von der "Verschuldensstruktur"[41] her nicht als gerechtfertigt erscheint. Über kurz oder lang wird, wie das amerikanische Beispiel zeigt[42], die Verantwortlichkeit im heute verstandenen Sinne ihrer Zweckbestimmung (Abschreckung vor unrechtem Tun und Schadenausgleich) entkleidet und umschlagen vom Respekt in die Angst vor Verantwortlichkeit. In den USA leidet die Rekrutierung von kompetenten Managern für die "gefährdeten" Positionen bereits heute unter diesem Problem. M.E. ist es deshalb ein Gebot der sorgfältigen Verwaltung, zeitig dafür zu sorgen, dass das aus der Verantwortlichkeit resultierende Risiko für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in dem vom Gesetzgeber 1936 angestrebten, vertretbaren Rahmen bleibt, um so die erwähnten Rekrutierungsprobleme von vornherein auszuschliessen. Die "D & O" scheint mir eine Möglichkeit zu bieten, mit dem Problem "Verantwortlichkeit" auch in Zukunft zu Rande zu kommen. Der Übernahme der Prämie durch die Gesellschaft stünde, dieser Argumentation entsprechend, nichts entgegen.

bb) *Freistellungsansprüche aus Vertrag bzw. als Folge der Dechargeerteilung:* Die von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erfassten Personen[43] stehen zur Gesellschaft in einem mandatsähnlichen bzw. arbeitsvertraglichen Verhältnis[44].

Die genannten Verträge sollten die Ansprüche von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf Schadloshaltung erfassen[45]. Kolb und Germanier gehen bei der Umschreibung des Inhalts dieser Ansprüche leider nicht über allgemeine Formulierungen hinaus[46]. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Freistellungsansprüche des Beauftragten bzw. des Arbeitnehmers sind bei beiden Verträgen ebenfalls dürftig[47]. Während die arbeitsvertragliche Regelung mit der Erwähnung von für die Ausfüh-

41 Vgl. dazu die Schlussfolgerungen zur Verantwortlichkeit in der GrossAG vorne § 4.
42 Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. 2.
43 Im Zusammenhang wird nur an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gedacht.
44 Vgl. Germanier 29 f.; Kolb 9 ff.; Bürgi zu OR 708 N 5 ff., insbes. 14 f.
45 Für den Verwaltungsrat, ähnlich Kolb 68; vgl. sodann Germanier (101 f.) zur Spesenvergütung; Bürgi, allgemein zur Entschädigung von Verwaltungsräten, zu OR 660/661 N 27, OR 679 N 8, OR 708 N 10, OR 721 N 18.
46 Vgl. an den in Anm. 45 zit. Stellen.
47 Vgl. OR 327a.

rung der Arbeit notwendigen Auslagen ihr Bewenden hat[48], wird im Auftragsrecht neben Auslagen und Verwendungen auch auf die Haftung des Auftraggebers für Schäden hingewiesen, die dem Beauftragten aus seiner Tätigkeit erwachsen[49].

Umfassen die erwähnten Regelungen auch einen Freistellungsanspruch in Form der Tragung der Prämie für die "D & O" durch die Gesellschaft? Auszugehen ist von der Tatsache, dass die Vertragspartner der Gesellschaft Organe der Gesellschaft sind (= Verwaltungsrat) bzw. sich in organähnlicher Stellung befinden (= Geschäftsleitung)[50]. Dieses Verhältnis zur Gesellschaft wird zur Hauptsache durch Gesetz, Statuten, Reglemente usw. geregelt. Die Bestimmungen zu den einzelnen Vertragsverhältnissen (Auftrag und Arbeitsvertrag) finden dort Anwendung, wo das Aktienrecht schweigt[51]. Die Zulässigkeit der Übernahme der "D & O"-Prämie beurteilt sich deshalb primär nach aktienrechtlichen Überlegungen[52].

Von aktienrechtlicher Warte aus gesehen, ergibt sich die Zulässigkeit – abgesehen von der Begründung unter aa) (vorne) – aus dem Institut der Dechargeerteilung:

Mit der Dechargeerteilung verzichtet die Gesellschaft im Rahmen des Antrags der Verwaltung an die Generalversammlung auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus spezifizierten Sachverhalten gegen einen bestimmten Personenkreis[53]. Wie sich aus der Definition der Decharge ergibt[54], ist dieser Generalversammlungsbeschluss u.a. auch als "Absolution" für begangene Fehler der Organe aufzufassen. M.a.W. wird implizite akzeptiert, dass Schäden bis zu einem gewissen Grade zum Lauf des Wirtschaftslebens gehören.

In den USA kommt diese Erkenntnis dadurch zum Ausdruck, dass die "indemnification statutes" den Gesellschaften den Kauf von "D & O coverage" und die Übernahme der Prämien zu 90–100% erlauben, und sodann durch einen Entscheid der IRS[55], wonach "D & O"-Kosten der Gesellschaft als normale Geschäftskosten "tax deductible" seien und zudem den Versicherten nicht als Einkommensanteile angerechnet würden[56].

48 Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus der Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht gemäss OR 328: vgl. Gautschi zu OR 402 N 20c.

49 OR 402 II; Gautschi zu OR 402 II N 20a ff.

50 Zwar kommt der Direktion keine formelle Organqualität zu (vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 125), ihr Bestehen hängt vielmehr vom Gutdünken der Generalversammlung ab (OR 717 II). Entsprechend ist sie – zumindest grundsätzlich – Weisungsempfängerin (OR 722 II Ziff. 2; Germanier 30 f.). Doch wird die Direktion regelmässig vom materiellen Organbegriff erfasst (vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, 134) in Übereinstimmung mit ihrer Einflussnahme auf die Willensbildung in der AG.

51 So auch Germanier für die Direktion, 30.

52 Bzw. nach dem allumfassenden Rechts- und Sittenwidrigkeitsverbot von OR 20.

53 Vgl. Bürgi/Nordmann zu OR 757 N 1 ff. und 4 ff.

54 Dies., zu OR 757 N 1.

55 Internal Revenue Service.

56 Vgl. Greenberg/Dean 574 f.

§ 12 Schlussbetrachtungen

I. Zur Versicherungslösung des Verantwortlichkeitsproblems

Die "D & O" ist die logische Konsequenz einer Fehlentwicklung im Verantwortlichkeitsrecht.

Trotz Objektivierung der Sorgfaltspflicht und vermeintlicher Beschränkung der Pflichten des Verwaltungsrates[1] ist die bestehende gesetzliche Regelung nicht dazu angetan, die Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat (und Geschäftsführung) in GrossAG in vernünftigen Grenzen zu halten.

Schon sehr früh (1906) erkannte man in Deutschland dieses Problem in Versicherungskreisen[2] und versuchte es durch die Versicherung der Aufsichtsratsverantwortlichkeit zu lösen[3].

Die Versicherungslösung ist – wie das amerikanische Beispiel zeigt – so unproblematisch auch wieder nicht: Die Suche nach Lösungen ist vielmehr auszudehnen auf eine geänderte rechtssoziologische Betrachtungsweise von Grossunternehmen, auf angepasste organisatorische Lösungen, auf die Verfeinerung des Entscheidungsprozesses in solchen AG[4].

Momentan bleiben die Bemühungen in den USA – soweit ich sie mit meinen Untersuchungen erfassen konnte – auf das Verantwortlichkeitsrecht beschränkt. Zwei zur Diskussion stehende Alternativen sind:

- der Versuch, Verantwortlichkeitsklagen durch Abweisungsantrag einer Gruppe von "disinterested directors" an das zuständige Gericht zu Fall zu bringen; dies aufgrund ihres Befundes, dass die Klage nicht "in the best interest of the corporation" sei[5]; ein Versuch, der – wiewohl vom US Supreme Court als zulässig erkannt[6] – nicht über alle Zweifel erhaben ist und erst kürzlich heftig unter Beschuss genommen wurde[7];
- die Einschränkung der Verantwortlichkeit auf die Entschädigungen der D & O und das Verbot von "D & O" und Indemnifikation, um deren schädlichen Einfluss auf die Präventionswirkung von Verantwortlichkeitsbestimmungen zu

1 Vgl. vorne § 1.
2 Vgl. Warschauer 3.
3 Vgl. dazu Warschauer; Georgii; Kahlert. Der Versuch blieb aber offenbar in seinen Anfängen stecken.
4 Vgl. dazu § 4 und die dortigen Hinweise auf Stone.
5 Vgl. Troy 17.
6 Vgl. Burks v. Lasker, 441 U.S. 471 (1979), zit. bei Troy 17.
7 Vgl. WSJ vom 22. Mai 1981: "Holder Suits Against Corporate Directors May Be Aided by Delaware Court Ruling." Der Delaware Supreme Court entschied, dass, selbst wenn das "committee of independent directors" "independence, good faith and a reasonable investigation" angestellt hätten, was es zu beweisen habe, das Gericht gehalten sei, bei Beurteilung des Abweisungsantrages "his own independent business judgment" anzuwenden.

begegnen bzw. die Präventionswirkung der Verantwortlichkeitsbestimmungen zu "restaurieren"[8].

II. Zur "D & O" selbst

1. Die Übertragung auf unsere Verhältnisse

Die "D & O" wurde in den USA als "Berufshaftpflichtversicherung für die Unternehmensspitzen" konzipiert. Die Problematik der Übertragung auf unsere Rechtsverhältnisse ergibt sich mit der gedanklichen Gleichstellung der amerikanischen D & O mit unseren Verwaltungsorganen bzw. mit demjenigen Personenkreis, der mit materieller Organqualität versehen nach OR 754 beurteilt wird. Ein derartiges Vorgehen könnte dazu führen, dass jeder Unterschriftsberechtigte durch die "D & O" gesichert wäre. Mithin würde die "D & O" zur wirklichen, den einzelnen Branchen nachgezeichneten Berufshaftpflichtversicherung, womit sie einen erheblich weiteren Bereich decken würde, als dies den "draftsmen" der amerikanischen "D & O" je vorschwebte: Die "D & O" würde zur Garantieversicherung für ordentliche Vertragserfüllung schlechthin. Im einzelnen müsste auch geklärt werden, inwieweit eine solch breit angelegte Deckung nicht mit bestehenden Berufshaftpflicht- bzw. Produktehaftpflichtdeckungen kollidieren würde.

2. Nutzen der "D & O" in der Schweiz

Der Nutzen der "D & O" in der Schweiz beschränkt sich m.E. zur Zeit auf den Schutz von durch schweizerische Muttergesellschaften in ausländische Töchter delegierten Personen und sodann auf den Rechtsschutz.

8 Vgl. Wakeling (610), die in Übereinstimmung mit Conard (zit. bei Wakeling 610) "D & O" und Indemnifikation als "expensive and wasteful method of shifting loss" bezeichnet.

ANHANG

- "D & O Liability and Corporate Reimbursement" Police der American Home Assurance Company, New York
- "D & O Liability Insurance and Reimbursement for Directors' and Officers' Liability Insurance" Police der Lloyd's of London (Lydando No 1)
- Form SS-3A und SS-3B: Die alte, zwei Policen enthaltende Ausgabe der "D & O" Deckung von Lloyd's

Die Policenbeispiele stammen aus den F. C. & S. Bulletins.

DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY and CORPORATION REIMBURSEMENT

POLICY NUMBER

AMERICAN HOME
ASSURANCE COMPANY
NEW YORK, NEW YORK A CAPITAL STOCK COMPANY FOUNDED 1853

DECLARATIONS

ITEM 1. NAMED INSURED:

MAILING ADDRESS:

STATE OF INCORPORATION:

ITEM 2. POLICY PERIOD: From To
(12:00 Noon Standard Time at the address stated herein)

ITEM 3. LIMIT OF LIABILITY: $_____ each policy year and this shall be the combined limit of liability for both policy forms 2086 and 2085 which attach hereto and form a part hereof.

ITEM 4. RETENTION: (Each Loss) $_____

ITEM 5. PREMIUM: 3 Year Premium Prepaid $_____

3 Year Installments
payable each anniversary
1st $_____ Inception
2nd $_____
3rd $_____

ITEM 6. THIS POLICY DOES NOT PROVIDE COVERAGE FOR THE FOLLOWING OFFICER POSITIONS: (Absence of entry means no exceptions)

_____
Authorized Representative

_____ _____
Countersignature Date Countersigned At

In consideration of the premiums and statements made to the Insurer by application, a copy of which is attached and made a part hereof, this Declaration Page with Policy Form 2085 (1/69) and/or Policy Form 2086 (1/69) together with the completed and signed application, constitute the contract, and the American Home Assurance Company, herein called the "INSURER", agrees as follows:

Form 2085/2086 (1-69)

DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY

1. INSURING CLAUSE

This policy shall, subject to its terms, conditions and limitations as hereinafter provided, pay on behalf of each and every person who was or now is or may hereafter be a Director or Officer of the Company named in Item 1 of the Declarations (who are hereinafter individually or collectively sometimes called the "Insureds") against loss (as hereinafter defined) arising from any claim or claims which may be made against the Insureds, jointly or severally, during the policy period by reason of any Wrongful Act (as hereinafter defined) in their respective capacities of Directors or Officers. This policy shall automatically cover Directors and Officers of any Subsidiary Company, acquired or created after the inception of this policy, subject to written notice being given to the Insurer as soon as practicable and payment of any additional premium required.

2. DEFINITIONS

(a) The term "Director or Officer" shall mean:

(i) Any duly elected Director or duly elected or appointed Officer of the Company named in Item 1 of the Declarations, except as noted under Item 6 of the Declarations. Coverage will automatically apply to all newly created Directors and Officers after the inception date of this policy, subject to:

a) Written notice of all such changes to the Insurer, within thirty (30) days after each anniversary date, or the termination date, whichever is sooner, and

b) payment of any additional premium required.

(b) The term "Policy Year" shall mean a period of one year commencing each year on the day and hour first named in Item 2 of the Declarations or if the time between the effective date or anniversary and termination of the policy is less than one year, then such lesser period.

(c) The term "Loss" shall mean any amount which the Insureds are legally obligated to pay for a claim or claims made against them for Wrongful Acts, and shall include damages, judgments, settlements, costs, charges and expenses (excluding salaries of officers or employees of the Company) incurred in the defense of actions, suits or proceedings and appeals therefrom; provided always that such subject of loss shall not include fines or penalties imposed by law or other matters which may be deemed uninsurable under the law pursuant to which this policy shall be construed.

(d) The term "Wrongful Act" shall mean any breach of duty, neglect, error, misstatement, misleading statement, omission or other act done or wrongfully attempted by the Insureds or any of the foregoing so alleged by any claimant or any matter claimed against them solely by reason of their being such Directors or Officers of the Company named in Item 1 of the Declarations.

(e) The term "Subsidiary Company" shall mean a Company of which the named Insured, as described in Item 1 of the Declarations, owns more than 50% of the voting stock.

3. EXTENSIONS

Subject otherwise to the terms hereof, this policy shall cover loss arising from any claims made against the estates, heirs, legal representatives or assigns of deceased Insureds who were Directors or Officers of the Company named in Item 1 of the Declarations at the time the acts upon which such claims were based were committed, and the legal representatives or assigns of Directors or Officers in the event of their incompetency, insolvency or bankruptcy.

4. EXCLUSIONS

The Insurer shall not be liable to make any payment in connection with any claim made against the Insureds:

(a) for libel or slander;

(b) based upon or attributable to their gaining in fact of any personal profit or advantage to which they were not legally entitled;

(c) for the return by the Insureds of any remuneration paid to the Insureds without the previous approval of the stockholders of the Company named in Item 1 of the Declarations which payment without such previous approval shall be held by the Courts to have been illegal;

(d) for an accounting of profits in fact made from the purchase or sale by the Insureds of securities of the Company named in Item 1 of the Declarations within the meaning of Section 16 (b) of the Securities Exchange Act of 1934 and amendments thereto or similar provisions of any state statutory law;

(e) brought about or contributed to by the dishonesty of the Insureds; however, notwithstanding the foregoing the Insureds shall be protected under the terms of this policy as to any claims upon which suit may be brought against them, by reason of any alleged dishonesty on the part of the Insureds, unless a judgment or other final adjudication thereof adverse to the Insureds shall establish that acts of active and deliberate dishonesty committed by the Insureds with actual dishonest purpose and intent were material to the cause of action so adjudicated;

(f) based on or attributable to any failure or omission on the part of the Insureds to effect and maintain insurance;

(g) which, at the time of happening of such loss, is insured by any other existing valid policy or policies under which payment of the loss is actually made, except in respect of any excess beyond the amount or amounts of payments under such other policy or policies;

(h) for which the Insureds are entitled to indemnity under any policy or policies in force previous hereto;

(i) for which the Insured shall be indemnified by the Company named in Item 1 of the Declarations for damages, judgments, settlements, costs, charges or expenses incurred in connection with the defense of any action, suit or proceeding and appeal therefrom to which the Directors or Officers may be a party or with which they may be threatened, pursuant to the law, common or statutory, or the Charter or By-Laws of the Company named in Item 1 of the Declarations, duly effective under law, which determines and defines such rights of indemnity.

NOTE: The Wrongful Act of any Director or Officer shall not be imputed to any other Director or Officer for the purpose of determining the applicability of the Exclusions enumerated in this Clause 4.

5. LIMIT AND RETENTION

(a) The Insurer shall be liable to pay 95% of loss excess of the amount stated in (c) below up to the amounts hereinafter stated, it being warranted that the remaining 5% of each and every loss shall be carried by the Insureds at their own risk and uninsured.

(b) Subject to the foregoing, the Insurer's liability for any claim or claims made against it shall (except for any additional amount payable by virtue of Clause 6) be the amount stated in Item 3 of the Declarations which shall be the maximum liability of the Insurer in (a) each policy year and in (b) the discovery period if the right is exercised by the Insureds in accordance with Clause 8 (a), and not the maximum aggregate so payable with respect to the policy period and the discovery period.

(c) This policy is only to pay the excess over the retention amount stated in Item 4 of the Declarations in respect of each and every loss hereunder, including costs, charges and expenses as described in Clause 6. The retention amount stated in Item 4 of the Declarations is to be borne by the Insureds and is not to be insured. Losses arising out of the same act or interrelated acts of one or more of the Insureds shall be considered a single loss and only one retention amount shall be deducted from the aggregate amount of such losses. In such cases, the retention shall be pro rated among the Insureds in proportion to their respective losses.

(d) The foregoing provisions shall apply to this policy and the Company Reimbursement policy attached hereto, as though they constitute a single policy and the Insurer's maximum liability under both policies together shall not exceed the limits and retention set out in Paragraphs 5(a), 5(b) and 5(c) above.

6. COSTS, CHARGES AND EXPENSES AND DEFENSE

(a) No costs, charges and expenses shall be incurred without the Insurer's consent which shall not be unreasonably withheld; however, in the event of such consent being given, they will pay, subject to the provisions of Clause 5(c), 95% of all such costs, charges and expenses; subject nevertheless to the following conditions:

(i) If a payment not in excess of the limit of liability has to be made to dispose of a claim, costs, charges and expenses shall be payable in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(ii) If the claim is successfully resisted by the Insureds, costs, charges and expenses shall be payable up to but not exceeding the limit of liability under this policy.

(iii) If a payment has to be made to dispose of a claim in excess of the limit of liability under this policy, the Insurer's liability to pay costs, charges and expenses in connection therewith shall be limited to such proportion of the said costs, charges and expenses as the limit of liability herein bears to the amount paid to dispose of the claim, but the Insurer's liability as aforesaid to pay costs, charges and expenses shall be in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(b) The Insureds shall not be required to contest any legal proceedings unless counsel (to be mutually agreed upon by the Insureds and the Insurer) shall advise that such claim should be contested by the Insureds and the Insureds consent thereto, such consent not to be unreasonably withheld. In the event of the Insureds being so required to contest legal proceedings, the Insurer, subject to the provisions of Clause 5(c) and notwithstanding the provisions of Paragraph (a) of this Clause 6, will pay 95% of all costs, charges and expenses in connection therewith, in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(c) The words "costs, charges and expenses" shall include the cost of any appeal, attachment or similar bond.

7. LOSS PROVISIONS

(a) The time when a loss shall be incurred within the meaning of this policy shall be the date on which the Company named in Item 1 of the Declarations or the Insureds shall give written notice to the Insurer as hereinafter provided.

(b) The Company named in Item 1 of the Declarations or the Insureds shall as a condition precedent to the Insured's right to be indemnified under this policy give to the Insurer notice as soon as practicable in writing of any claims made upon the Insureds.

(c) If during the policy period or during the discovery period if the right is exercised by the Insured in accordance with Clause 8(a):

(i) the Company named in Item 1 of the Declarations or the Insureds shall receive written or oral notice from any third party that it is the intention of such third party to hold the Insureds responsible for the results of any specified Wrongful Act by the Insureds while acting in the capacities aforementioned; or

(ii) the Company named in Item 1 of the Declarations or the Insureds shall become aware of any occurrence which may subsequently give rise to a claim being made against the Insureds in respect of any such Wrongful Act;

and shall in either case during such period give written notice to the Insurer of the receipt of such written or oral notice under (i) above or such occurrence under (ii) above, then any claim which may subsequently be made against the Insureds arising out of such Wrongful Act shall for the purpose of this policy be treated as a claim made during the currency hereof.

(d) Notice hereunder shall be given to the Insurer, 102 Maiden Lane, New York, New York 10005.

(e) The Insureds shall give the Insurer such information and cooperation as it may reasonably require and as shall be in the Insureds' power.

8. GENERAL CONDITIONS

(a) **Discovery Clause**

If the Insurer shall cancel or refuse to renew this policy, the Insureds shall have the right, upon payment of the additional premium of 25% of the three-year premium hereunder, to an extension of the cover granted by this policy in respect of a claim or claims which may be made against the Insureds, during the period of twelve calendar months after the date of such cancellation or non-renewal, but only in respect of any Wrongful Act committed before the date of such cancellation or non-renewal.

(b) **Cancellation Clause**

Notwithstanding anything contained in this policy to the contrary this policy may be cancelled by the Company named in Item 1 of the Declarations or the Insureds at any time by written notice or by surrender of this policy.

This policy may also be cancelled by or on behalf of the Insurer by delivering to the Company named in Item 1 of the Declarations or by mailing to the Company named in Item 1 of the Declarations, by registered, certified or other first class mail, at its mailing address as shown in Item 1 of the Declarations, written notice stating when, not less than thirty (30) days thereafter, the cancellation shall be effective. The mailing of such notice as aforesaid shall be sufficient proof of notice and this policy shall terminate at the date and hour specified in such notice.

If this policy shall be cancelled by the Company named in Item 1 of the Declarations or the Insureds, the Insurer shall retain the customary short rate proportion of the premium hereon.

If this policy shall be cancelled by the Insurer, the Insurer shall retain the pro rata proportion of the premium hereon.

Payment or tender of any unearned premium by the Insurer shall not be a condition precedent to the effectiveness of cancellation but such payment shall be made as soon as practicable.

If the period of limitation relating to the giving of notice is prohibited or made void by any law controlling the construction thereof, such period shall be deemed to be amended so as to be equal to the minimum period of limitation permitted by such law.

9. SUBROGATION

In the event of any payment under this policy, the Insurer shall be subrogated to the extent of such payment to all the Insureds' rights of recovery therefor, and the Insureds shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights including the execution of such documents necessary to enable the Insurer effectively to bring suit in the name of the Insureds.

10 NOTICE

By acceptance of this policy, the Company named in Item 1 of the Declarations agrees to act on behalf of all Insureds with respect to the giving and receiving of notice of claim or cancellation, the payment of premiums and the receiving of any return premiums that may become due under this policy.

IN WITNESS WHEREOF, the INSURER has caused this policy to be signed by its President and a Secretary and countersigned on the Declarations page by a duly authorized agent of the Insurer.

Secretary

President

COMPANY REIMBURSEMENT

1 INSURING CLAUSE

This policy shall, subject to its terms, conditions and limitations as hereinafter provided, pay on behalf of the Company named in Item 1 of the Declarations loss (as hereinafter defined) arising from any claim or claims which may be made during the policy period against each and every person, jointly or severally, who was or now is or may hereafter be a Director or Officer (as herein defined) of the Company, by reason of any Wrongful Act (as hereinafter defined) in their respective capacities of Directors or Officers of the Company, but only when the Directors or Officers shall have been entitled to indemnification by the Company for damages, judgments, settlements, costs, charges or expenses incurred in connection with the defense of any action, suit or proceeding or any appeal therefrom to which the Directors or Officers may be a party or with which they may be threatened, pursuant to law, common or statutory, or the Charter or By-Laws of the Company duly effective under such law which determines and defines such rights of indemnity. This policy shall automatically cover any Subsidiary Company, acquired or created after the inception of this policy, subject to written notice being given to the Insurer as soon as practicable, and payment of any additional premium required.

2. DEFINITIONS

(a) The term "Director or Officer" shall mean:

(i) Any duly elected Director or duly elected or appointed Officer of the Company named in Item 1 of the Declarations, except as noted under Item 6 of the policy Declarations. Coverage will automatically apply to all newly created Directors and Officers after the inception date of this policy subject to:

a) Written notice of all such changes to the Insurer, within thirty (30) days after each anniversary date, or the termination date, whichever is sooner, and

b) payment of any additional premium required.

(b) The term "Policy Year" shall mean a period of one year commencing each year on the day and hour first named in Item 2 of the Declarations or if the time between the effective date or anniversary and termination of the policy is less than one year, then such lesser period.

(c) The term "Loss" shall mean any amount the Company shall be required or permitted by law to pay to a Director or Officer as indemnity for a claim or claims against him arising out of those matters set forth in the Insuring Clause above whether actual or asserted and subject to the applicable limits and conditions of this policy, shall include damages, judgments, settlements, costs, charges and expenses (excluding salaries of Officers or employees of the Company) incurred in the defense of actions, suits or proceedings and appeals therefrom for which payment by the Company may be required or permitted according to applicable law, common or statutory, or under provisions of the Company's Charter or By-Laws effective pursuant to such law provided always that such subject of loss shall not include fines or penalties imposed by law or other matters which may be deemed uninsurable under the law pursuant to which this policy shall be construed.

(d) The term "Wrongful Act" shall mean any breach of duty, neglect, error, misstatement, misleading statement, omission or other act done or wrongfully attempted by the Directors or Officers or any of the foregoing so alleged by any claimant or any matter claimed against them solely by reason of their being such Directors or Officers.

(e) The term "Subsidiary Company" shall mean a Company of which the named Insured, as described in Item 1 of the Declarations owns more than 50% of the voting stock.

3. EXTENSIONS

Subject otherwise to the terms hereof, this policy shall cover the Company for loss arising from any claims made against the estates, heirs, legal representatives or assigns of deceased Directors or Officers who were Directors or Officers at the time the acts upon which such claims were based were committed, and the legal representatives or assigns of Directors or Officers in the event of their incompetency, insolvency or bankruptcy.

4 EXCLUSIONS

The Insurer shall not be liable to make any payment for loss in connection with any claim made against the Directors or Officers:

(a) which, at the time of happening of such loss, is insured by any other existing valid policy or policies under which

payment of the loss is actually made, except in respect of any excess beyond the amount or amounts of payments under such other policy or policies

(b) for which the Directors or Officers are entitled to indemnity under any policy or policies in force previous hereto.

5. LIMIT AND RETENTION

(a) The Insurer shall be liable to pay 95% of loss excess of the amount stated in (c) below up to the amount hereafter stated, it being warranted that the remaining 5% of each and every loss shall be carried by the Company at its own risk and uninsured

(b) Subject to the foregoing, the Insurer's liability for any claim or claims made against it shall (except for any additional amounts payable by virtue of Clause 6) be the amount stated in Item 3 of the Declarations, which shall be the maximum liability of the Insurer in (a) each policy year and in (b) the discovery period if the right is exercised by the Company in accordance with Clause 8 (a), and not the maximum aggregate so payable with respect to the policy period and discovery period.

(c) This policy is only to pay the excess over the retention amount shown in Item 4 of the Declarations in respect of each and every loss hereunder, including costs, charges and expenses as described in Clause 6 and such retention amount is to be borne by the Company and is not to be insured. Losses arising out of the same act or interrelated acts of one or more of the Directors or Officers shall be considered a single loss and only one retention amount shall be deducted from the aggregate amount of such losses.

(d) The foregoing provisions shall apply to this policy and the Directors and Officers Liability Policy attached hereto as though the constitute a single policy and the Insurer's maximum liability under both policies together shall not exceed the limits and retention set out in Paragraphs 5(a), 5(b) and 5(c) above.

6. COSTS, CHARGES AND EXPENSES AND DEFENSE

(a) No costs, charges and expenses shall be incurred without the Insurer's consent which shall not be unreasonably withheld; however, in the event of such consent being given, they will pay, subject to the provisions of Clause 5(c), 95% of all such costs, charges and expenses; subject nevertheless to the following conditions:

(i) If a payment not in excess of the limit of liability has to be made to dispose of a claim, costs, charges and expenses shall be payable in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(ii) If the claim is successfully resisted by the Directors or Officers, costs, charges and expenses shall be payable up to but not exceeding the limit of liability under this policy.

(iii) If a payment has to be made to dispose of a claim in excess of the limit of liability under this policy, the Insurer's liability to pay costs, charges and expenses in connection therewith shall be limited to such proportion of the said costs, charges and expenses as the limit of liability herein bears to the amount paid to dispose of the claim, but the Insurer's liability as aforesaid to pay costs, charges and expenses shall be in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(b) The Directors and Officers shall not be required to contest any legal proceedings unless counsel (to be mutually agreed upon by the Directors and Officers and the Insurer) shall advise that such claim should be contested by the Directors and Officers and the Directors and Officers consent thereto, such consent not to be unreasonably withheld. In the event of the Directors and Officers being so required to contest legal proceedings the Insurer, subject to the provisions of Clause 5(c) and notwithstanding the provisions of Paragraph (a) of this Clause 6, will pay 95% of all costs, charges and expenses in connection therewith in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(c) The words "costs, charges and expenses" as used in this Clause 6 shall include the cost of any appeal, attachment or similar bonds.

7. LOSS PROVISIONS

(a) The time when a loss shall be incurred within the meaning of this policy shall be the date on which the Company shall give written notice to the Insurer as hereinafter provided.

(b) The Company shall as a condition precedent to its right to be indemnified under this policy give to the Insurer notice as soon as practicable in writing of any claims made upon the Directors or Officers.

(c) If during the policy period or during the discovery period if the right is exercised by the Company in accordance with Clause 8(a):

(i) the Company shall receive written or oral notice from any third party that it is the intention of such third

party to hold the Directors or Officers responsible for the results of any specified Wrongful Act by the Directors or Officers while acting in the capacities aforementioned: or

(ii) the Company shall become aware of any occurrence which may subsequently give rise to a claim being made against the Directors or Officers in respect of any such Wrongful Act:

and shall in either case, during such period give written notice to the Insurer of the receipt of such written or oral notice under (i) above or of such occurrence under (ii) above, then any claim which may subsequently be made against the Directors or Officers arising out of such Wrongful Act shall for the purpose of this policy be treated as a claim made during the currency hereof.

(d) Notice hereunder shall be given to the Insurer, 102 Maiden Lane, New York, New York 10005.

(e) The Company shall give the Insurer such information and cooperation as it may reasonably require and as shall be in the Company's power.

8. GENERAL CONDITIONS

(a) **Discovery Clause**

If the Insurer shall cancel or refuse to renew this policy the Company shall have the right, upon payment of the additional premium of 25% of the three-year premium hereunder, to an extension of the cover granted by this policy in respect of any claim or claims which may be made against the Directors or Officers during the period of twelve calendar months after the date of such cancellation or non-renewal but only in respect of any Wrongful Act committed before the date of such cancellation or non-renewal.

(b) **Cancellation Clause**

Notwithstanding anything contained in this policy to the contrary this policy may be cancelled by the Company at any time by written notice or by surrender of this policy. This policy may also be cancelled by or on behalf of the Insurer by delivering to the Company or by mailing to the Company, by registered, certified, or other first class mail, at the Company's address as shown in Item 1 of the Declarations, written notice stating when, not less than thirty (30) days thereafter, the cancellation shall be effective. The mailing of such notice as aforesaid shall be sufficient proof of notice and this policy shall terminate at the date and hour specified in such notice.

If this policy shall be cancelled by the Company, the Insurer shall retain the customary short rate proportion of the premium hereon.

If this policy shall be cancelled by or on behalf of the Insurer, the Insurer shall retain the pro rata proportion of the premium hereon.

Payment or tender of any unearned premium by the Insurer shall not be a condition precedent to the effectiveness of cancellation but such payment shall be made as soon as practicable.

If the period of limitation relating to the giving of notice is prohibited or made void by any law controlling the construction thereof, such period shall be deemed to be amended so as to be equal to the minimum period of limitation permitted by such law.

9. SUBROGATION

In the event of any payment under this policy, the Insurer shall be subrogated to the extent of such payment to all the Company's rights of recovery therefor, and the Company shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights including the execution of such documents necessary to enable the Insurer effectively to bring suit in the name of the Company.

10. NOTICE

By acceptance of this policy, the Company named in Item 1 of the Declarations agrees to act on behalf of all Insureds with respect to the giving and receiving of notice of claim or cancellation, the payment of premiums and the receiving of any return premiums that may become due under this policy

IN WITNESS WHEREOF, the INSURER has caused this policy to be signed by its President and a Secretary and countersigned on the Declarations page by a duly authorized agent of the Insurer

Secretary

Maurice R. Greenberg
President

DIRECTORS' AND OFFICERS' LIABILITY INSURANCE AND REIMBURSEMENT FOR DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY INSURANCE

1. INSURING CLAUSE.

In consideration of the payment of the premium and subject to the terms, conditions, definitions, exclusions and limitations hereinafter provided Underwriters agree –

(A) to pay to or on behalf of the DIRECTORS and OFFICERS of the COMPANY LOSS arising from any claim or claims made against the DIRECTORS and OFFICERS, jointly or severally, during the Policy Period (as set forth in Section 2 of the attached Schedule) by reason of any WRONGFUL ACT done or attempted or allegedly done or attempted by the DIRECTORS and OFFICERS during or at any time prior to the Policy Period;

and/or

(B) to pay to or on behalf of the COMPANY LOSS arising from any claim or claims made against the DIRECTORS and OFFICERS, jointly or severally, during the Policy Period by reason of any WRONGFUL ACT done or attempted or allegedly done or attempted by the DIRECTORS and OFFICERS during or at any time prior to the Policy Period, but only when the COMPANY shall be required or permitted to indemnify the DIRECTORS and OFFICERS for such LOSS pursuant to statutory or common law or pursuant to duly effective charter or by-law provisions.

2. DEFINITIONS.

(A) The terms "Director" and "Officer" as used herein, either in the singular or plural, shall mean, as the case may be, any person who was, is now or shall hereafter be:

(i) a Director of the COMPANY, or

(ii) the holder of a position within the COMPANY which is filled by action of the stockholders or of the board of directors of the COMPANY,

and refer, as the context of Clauses 4, 6 and 7 shall require, to those Directors and Officers involved in a WRONGFUL ACT

(B) The term "Parent Company" shall mean the Company named in Section 1 of the attached Schedule and the term "Company" shall mean:

(i) the Parent Company,

(ii) any SUBSIDIARY which existed prior to or at the effective date of this Policy (as set forth in Section 2 of the attached Schedule), or

(iii) any SUBSIDIARY which is acquired or created subsequent to the effective date of this Policy if notice, together with full information thereof, shall be given to the Underwriters within 60 days of the acquisition or creation thereof and premium adjustment and coverage revision shall be effected as may be required by Underwriters.

(C) The term "Subsidiary" shall mean a corporation or other organization more than fifty per cent of whose outstanding securities representing the present right to vote for the election of directors is owned by the PARENT COMPANY and/or one or more of its Subsidiaries. The term shall also be understood to include within the foregoing definition any Subsidiary of any Subsidiary.

(D) The term "Policy Year" shall mean the period of one year following the effective date and hour of this Policy (as set forth in Section 2 of the attached Schedule) or any anniversary thereof, or, if the time between the effective date or any anniversary and the termination of this Policy is less than one year, such lesser period.

(E) The term "Loss" shall mean any amount a DIRECTOR or OFFICER is obligated to pay in respect of his legal liability, whether actual or asserted, for a WRONGFUL ACT including, subject to all other terms, conditions, definitions, exclusions and limitations of this Policy, costs, charges and expenses incurred pursuant to Clause 6 hereof in the investigation of claims which relate to a WRONGFUL ACT and damages, judgments and settlements and costs, charges and expenses incurred pursuant to Clause 6 hereof in the defence of actions, suits, or proceedings of any nature which relate to a WRONGFUL ACT and are brought or threatened in any court or administrative or legislative body or agency, and appeals therefrom; provided always that LOSS shall not include (i) fines or penalties imposed in a criminal suit or action, (ii) any other fines or penalties, or any punitive damages, imposed by a judgment or other final adjudication which are uninsurable under the law pursuant to which this Policy shall be construed, or (iii) other matters which are uninsurable under such law.

(F) The term "Wrongful Act" shall mean, subject to all other terms, conditions, definitions, exclusions and limitations of this Policy, any actual or alleged breach of duty, neglect or error by or accountability of the DIRECTORS or OFFICERS as DIRECTORS or OFFICERS or any actual or alleged misstatement, misleading statement or other act or omission by the DIRECTORS or OFFICERS in their respective capacities as DIRECTORS or OFFICERS

3. **EXTENSION.**

Subject to all other terms, conditions, definitions, exclusions and limitations hereof, this Policy shall cover LOSS arising from any claim that the DIRECTORS or OFFICERS have done or attempted or allegedly done or attempted a WRONGFUL ACT, which claim is made against the estates, heirs, legal representatives or assigns of deceased DIRECTORS or OFFICERS or the legal representatives or assigns of DIRECTORS or OFFICERS in the event of their incompetency, insolvency or bankruptcy.

4. **EXCLUSIONS.**

(A) Underwriters shall not be liable to pay LOSS arising from any claim made against the DIRECTORS or OFFICERS

(i) which, at the time of the incurrence of the LOSS, is insured by any other valid policy or policies (whether presently existing or in force prior hereto) under which payment of the LOSS is actually made, except in respect of any excess beyond the amount or amounts of payments under such other policy or policies, or

(ii) arising from charges of seepage, pollution or contamination and based upon or attributed to violation or alleged violation of any federal, state, municipal or other governmental statute, regulation or ordinance prohibiting or providing for the control or regulation of emissions or effluents of any kind into the atmosphere or any body of land, water, waterway or watercourse or arising from any action or proceeding brought for enforcement purposes by any public official, agency, commission, board of pullution control administration pursuant to any such statutes, regulations or ordinances or arising from any suits alleging seepage, pollution or contamination based upon common law nuisance or trespass, or

(iii) based upon the Employee Retirement Income Security Act of 1974 Public Law 93-406, commonly referred to as The Pension Reform Act of 1974, and amendments thereto, or similar provisions of any Federal, state or local statutory law or common law

(B) Except insofar as LOSS shall be covered under Clause 1(B), Underwriters shall not be liable to pay such LOSS arising from any claim made against the DIRECTORS or OFFICERS

(i) for libel or slander, or

(ii) based on or attributable to any failure or omission on the part of the DIRECTORS or OFFICERS to procure or maintain insurance

(C) Except insofar as LOSS shall be covered under Clause 1(B), if the circumstances and Underwriters' own investigation of the relevant facts pertaining to a claim to which this Clause 4(C) might apply, afford reasonable grounds for a determination by Underwriters that an exclusion enumerated in this Clause 4(C) does apply, Underwriters shall not be liable to pay LOSS arising from such claim made against the DIRECTORS or OFFICERS

(i) based upon or attributable to their gaining personal profit or advantage to which they were not legally entitled, or

(ii) based upon or attributable to their having acted dishonestly, or acted in bad faith with knowledge or with reasonable cause to believe that such action was in violation of law (including for purposes hereof the legal rights of others),

provided that such determination shall be subject to reversal by a judgment or other final determination in a legal proceeding regarding this Policy to which Underwriters shall be parties.

(D) Except insofar as LOSS shall be covered under Clause 1(B), Underwriters shall not be liable to pay LOSS arising from any claim made against a DIRECTOR or OFFICER for the return by him of remuneration if it shall be determined, by a judgment or other final adjudication, that the remuneration in question has been paid to him illegally, or if such remuneration shall be repaid to the COMPANY under a settlement agreement

NOTE:
The WRONGFUL ACT of any DIRECTOR or OFFICER shall not be imputed to any other DIRECTOR or OFFICER for the purposes of determining the applicability of the exclusions enumerated in this Clause 4.

5 LIMIT AND RETENTION.

(A) Underwriters shall pay 95% of LOSS in excess of the applicable amount of retention stated in Section 3 of the attached Schedule (which retention shall apply separately in respect of each LOSS) up to the amount stated in Section 4 of the attached Schedule, which amount, regardless of the time of payment by Underwriters, shall be the maximum liability of Underwriters for LOSS in each POLICY YEAR during the Policy Period (including, in the case of the last POLICY YEAR, the period of ninety days if the rights under Clause 8(B) are exercised) and shall be inclusive of costs, charges, and expenses payable by virtue of Clause 6; it is warranted that the remaining 5% of LOSS and such retention shall be uninsured.

(B) LOSSES arising out of the same act by one or more DIRECTORS or OFFICERS or interrelated acts by one or more DIRECTORS or OFFICERS shall be considered a single LOSS and only one retention shall be applied to each LOSS.

(C) In the event a single LOSS is covered in part under both Clause 1(A) and Clause 1(B) the retention set forth in Section 3 of the attached Schedule shall be applied separately to that part of the LOSS covered by each such Clause, provided, however, the total retention as finally determined shall in no event exceed the retention applicable to Clause 1(B).

6 COSTS, CHARGES AND EXPENSES AND DEFENSE.

(A) No costs, charges and expenses shall be incurred without Underwriters' consent, which consent shall not be unreasonably withheld. Underwriters shall pay, subject to the provisions of Clause 5, 95% of all costs, charges and expenses to which they have consented.

(B) The DIRECTORS and OFFICERS shall not be required to contest any legal proceedings unless counsel (to be mutually agreed upon by the DIRECTORS and OFFICERS and Underwriters) shall advise that such claim should be contested by the DIRECTORS and OFFICERS and the DIRECTORS and OFFICERS consent thereto. The DIRECTORS and OFFICERS shall not unreasonably withold such consent. In the event that the DIRECTORS and OFFICERS shall be so required to contest legal proceedings, Underwriters, subject to the provisions of Clause 5, will pay 95% of all costs, charges and expenses in connection therewith

(C) In any claim against both DIRECTORS and OFFICERS and any other party or parties, costs, charges and expenses for investigation or defense shall be limited to those incurred in the right of and for the principal benefit of the DIRECTORS and OFFICERS, as distinguished from any such other party or parties, and Underwriters and the DIRECTORS and OFFICERS shall endeavour to establish at the earliest opportunity a proper basis for the allocation of the costs, charges or expenses of counsel or others rendering services to or for the benefit of both the DIRECTORS and OFFICERS and any such other party or parties.

(D) The words "costs, charges and expenses" shall include, without implied limitation, legal, accounting and investigative expenses and the cost of appeal, attachment and similar bonds.

7 NOTICE AND LOSS PROVISIONS

(A) If during the Policy Period or during the discovery period, if any, in accordance with Clause 8(B), claim is made against the DIRECTORS and OFFICERS, the COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS shall as a condition precedent to their rights under this Policy give to the Underwriters as soon as practicable notice in writing of any such claim

(B) If, during the Policy Period or during the discovery period, if any, the COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS

(i) shall receive written or oral notice from any third party that it intends to hold a DIRECTOR or OFFICER responsible for the results of a specified WRONGFUL ACT by that DIRECTOR or OFFICER

or,

(ii) shall become aware of any circumstances which may subsequently give rise to a claim being made against a DIRECTOR or OFFICER in respect of a specified WRONGFUL ACT by that DIRECTOR or OFFICER

and during such Policy Period or discovery period shall give written notice to Underwriters of the receipt of such written or oral notice under (i) above or of such circumstances under (ii) above, then any claim which may subsequently be made against the DIRECTOR or OFFICER arising out of such WRONGFUL ACT shall for the purposes of this Policy be treated as a claim made within such Policy Period or discovery period and shall be deemed to have been made as of the date on which such written notice is first given to Underwriters.

(C) The COMPANY and the DIRECTORS and OFFICERS shall give Underwriters such information and cooperation as they may reasonably require and as shall be in the COMPANY'S and the DIRECTORS' and OFFICERS' power

(D) LOSSES shall be paid in United States currency

8 GENERAL CONDITIONS

(A) Proposal Form.
In issuing this Policy Underwriters have relied on the declarations and statements which are contained in the proposal form (a copy of which is attached hereto) and which are deemed to be incorporated in this Policy, provided, however, that except for material facts or circumstances known to the person who subscribed the proposal form, any misstatement or omission in such proposal form in respect of a specified WRONGFUL ACT by a particular DIRECTOR or OFFICER or his cognizance of any matter which he has reason to suppose might afford grounds for a future claim against him shall not be imputed to any other DIRECTOR or OFFICER for purposes of determining the availability of coverage under this Policy.

(B) Discovery Clause.
If Underwriters shall cancel or refuse to renew this Policy, the PARENT COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS shall have the right, upon payment of an additional premium calculated at 10% of the three year premium hereunder, to an extension of the cover granted by this Policy in respect of any claim or claims made against the DIRECTORS and OFFICERS during the period of ninety days after the effective date of such cancellation or, in the event of such refusal to renew, the date upon which the Policy Period ends, but only in respect of any WRONGFUL ACT committed before such date. Such right hereunder must, however, be excersed by the PARENT COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS by notice in writing not later than 10 days after the date referred to in the preceding sentence. If such notice is not given, the PARENT COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS shall not at a later date be able to exercise such right

(C) Governing Law Clause.
This Policy shall, to the extent permitted by applicable law and notwithstanding the provisions of Clause 8(E), be construed in accordance with the law of the jurisdiction of incorporation of the PARENT COMPANY or, in the case of matters pertaining to a SUBSIDIARY, the law of the jurisdiction of incorporation or organization thereof.

DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY
AND
COMPANY REIMBURSEMENT

POLICY NUMBER

_____

FORMER
POLICY NUMBER

_____

DECLARATIONS

Item I — COMPANY:
(The Company)

Principal Address:

Item II — POLICY PERIOD: From _____ To _____
12 o'clock Noon Standard Time at the address stated herein

Item III — LIMIT OF LIABILITY: $_____ each policy year and this shall be the combined limit of liability for both policy forms SS 3A and SS 3B which attach hereto and form a part hereof.

Item IV — RETENTION: $_____ Directors and Officers Liability
(each loss) $_____ Company Reimbursement

Item V — PREMIUMS: Directors and Officers Liability.....$_____

Company Reimbursement .....$_____

Minimum Three Year Premium.....$_____

Item VI — This Policy does not provide coverage for the following officer positions: (absence of entry means no exception)

Item VII — Notice of claim (Paragraph 9) to the Company shall be notice to

Item VIII — Notice of claim (Paragraph 10) to Underwriters shall be to

SPECIMEN

This Declaration Page along with the completed and signed Proposal Form, the Directors and Officers Liability Form and the Company Reimbursement for Directors and Officers Liability Form shall constitute the contract between the Assured(s) and Underwriters.

DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY

In consideration of the payment of the premium and subject to all of the terms of this policy, Underwriters agree with the Directors and Officers of the Company (named in Item I of the Declarations) as follows:

1. If during the policy period any claim or claims are made against the Assureds (as hereinafter defined) or any of them for a Wrongful Act (as hereinafter defined) while acting in their individual or collective capacities as Directors or Officers, The Underwriters will pay on behalf of the Assureds or any of them, their Executors, Administrators, Assigns 95% of all Loss (as hereinafter defined), which the Assureds or any of them shall become legally obligated to pay, in excess of the retention stated in Item IV of the Declarations, not exceeding the limit of liability shown under Item III of the Declarations.

2. This policy, subject otherwise to the terms hereof, shall cover loss arising from any claims made against the estates, heirs, legal representatives or assigns of deceased Assureds who were Directors or Officers of the Company at the time the Wrongful Act upon which such claims are based, and the legal representatives or assigns of Directors or Officers in the event of their incompetency, insolvency or bankruptcy.

3. This policy shall automatically cover Directors and Officers of any subsidiaries acquired or created after the inception of this policy subject to written notice being given to Underwriters as soon as practicable and payment of any additional premium required.

4. Definitions of terms used herein:

   (a) Assureds shall mean all persons who were, now are or shall be duly elected Directors or Officers of the Company named under Item I of the policy Declarations, except as noted under Item VI of the Declarations. Coverage will automatically apply to all persons who become Directors or Officers after the inception date of this policy, subject to (1) written advice of such changes to Underwriters within 30 days after each anniversary date, or the termination date, and (2) payment of any additional premium required.

   (b) Wrongful Act shall mean any actual or alleged error or misstatement or misleading statement or act or omission or neglect or breach of duty by the Assureds while acting in their individual or collective capacities or any matter, not excluded by the terms and conditions of this policy, claimed against them solely by reason of their being Directors or Officers of the Company.

   (c) Loss shall mean any amount which the Assureds are legally obligated to pay for a claim or claims made against them for Wrongful Acts, and shall include but not be limited to damages, judgments, settlements and costs, cost of investigation (excluding salaries of officers or employees of the Company) and defense of legal actions, claims or proceedings and appeals therefrom, cost of attachment or similar bonds, providing always, however, such subject of loss shall not include fines or penalties imposed by law, or matters which may be deemed uninsurable under the law pursuant to which this policy shall be construed.

   (d) The term "policy year" shall mean the period of one year following the effective date and hour of this policy or any anniversary thereof, or if the time between the effective date or any anniversary and the termination of the policy is less than one year, such lesser period.

5. Underwriters shall not be liable to make any payment for loss in connection with any claim made against the Assureds:

   (a) for libel or slander;

   (b) based upon or attributable to their gaining in fact any personal profit or advantage to which they were not legally entitled;

   (c) for the return by the Assureds of any remuneration paid to the Assureds without the previous approval of the stockholders of the Company which payment without such previous approval shall be held by the Courts to have been illegal;

   (d) for an accounting of profits made from the purchase or sale by the Assureds of securities of the Company within the meaning of Section 16 (b) of the Securities Exchange Act of 1934 and amendments thereto or similar provisions of any state statutory law or common law;

   (e) brought about or contributed to by the dishonesty of the Assureds; however, notwithstanding the foregoing, the Assureds shall be protected under the terms of this policy as to any claims upon which

SPECIMEN

suit may be brought against them, by reason of any alleged dishonesty on the part of the Assureds, unless a judgement or other final adjudication thereof adverse to the Assureds shall establish that acts of active and deliberate dishonesty committed by the Assured with actual dishonest purpose and intent were material to the cause of action so adjudicated;

(f) which, at the time of happening of such loss, is insured by any other existing valid policy or policies under which payment of the loss is actually made, except in respect of any excess beyond the amount or amounts of payments under such other policy or policies;

(g) for which the Assureds are entitled to indemnity and/or payment by reason of having given notice of any circumstance which might give rise to a claim under any policy or policies the term of which has expired prior to the issuance of this policy.

(h) for which the Assureds shall be indemnified by the Company for damages, judgments, settlements, costs, charges or expenses incurred in connection with the defense of any action, suit or proceeding to which the Assureds may be a party or with which they may be threatened or in connection with any appeal therefrom, pursuant to the law, common or statutory, or the Charter or By-Laws of the Company duly effective under such law, which determines and defines such rights of indemnity;

(i) based on or attributable to bodily injury, sickness, disease, or death of any person, or to damage to or destruction of any tangible property including loss of use thereof.

It is agreed that any fact pertaining to any Assured shall not be imputed to any other Assured for the purpose of determining the application of the above exclusions.

6. It is warranted that the particulars and statements contained in the written proposal, copy of which is attached hereto, and the Declarations are the basis of this policy and are to be considered as incorporated in and constituting part of this policy.

7. (a) Underwriters shall be liable to pay 95% of loss excess of the amount of the retention shown under Item IV of the Declarations, up to the limit of liability as shown under Item III of the Declarations, it being warranted that the remaining 5% of each and every loss shall be carried by the Assureds at their own risk and uninsured.

(b) Subject to the foregoing, Underwriters' liability for any claim or claims made against them shall (except for any additional amount payable by virtue of Clause 8) be the amount as shown under Item III of the Declarations, which shall be the maximum liability of Underwriters in each policy year or extended discovery period (regardless of the time of payment by the Underwriters), and not the maximum aggregate so payable with respect to the three-year term or extended discovery period.

(c) This policy shall pay only the excess of such retention in respect of each and every loss hereunder, including costs, charges, and expenses as described in Clause 8 and such retention is to be borne by the Assureds and is not to be insured. Losses arising out of the same act or interrelated acts of one or more of the Assureds shall be considered a single loss and only one retention shall be deducted from each loss.

(d) The foregoing provisions shall apply to this policy form and the Company Reimbursement policy form as though they constitute a single policy and Underwriters' maximum liability under both policy forms together shall not exceed the limit of liability and the retention as shown under Items III and IV of the Declarations and the provisions herein.

8. No costs, settlements, charges and expenses shall be incurred without Underwriters' consent, such consent not to be unreasonably withheld; however, in the event of such consent being given, they will pay, subject to the provisions of Clause 7(c), 95% of all such costs, settlements, charges and expenses; subject nevertheless to the following conditions:—

(a) If a payment not in excess of the limit of liability has to be made to dispose of a claim, Underwriters shall pay costs, charges and expenses in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(b) If the claim is successfully resisted by the Assureds, Underwriters shall pay costs, charges, and expenses up to but not exceeding the limit of liability under this policy.

(c) If a payment has to be made to dispose of a claim in excess of the limit of liability under this policy, Underwriters' payment of costs, charges and expenses in connection therewith shall be limited to such proportion of the said costs, charges and expenses as the limit of liability herein bears to the amount

paid to dispose of the claim, but Underwriters' payment as aforesaid of costs, charges and expenses shall be in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

9. If during the policy period or extended discovery period:—

(a) The Company or the Assureds shall receive written or oral notice from any party that it is the intention of such party to hold the Assureds responsible for the results of any specified Wrongful Act done or alleged to have been done by the Assureds while acting in the capacity aforementioned; or

(b) The Company or the Assureds shall become aware of any occurrence which may subsequently give rise to a claim being made against the Assureds in respect of any such alleged Wrongful Act;

and shall in either case during such period give written notice as soon as practicable to the Underwriters of the receipt of such written or oral notice under Clause (a) or of such occurrence under Clause (b), then any claim which may subsequently be made against the Assureds arising out of such alleged Wrongful Act shall, for the purposes of this policy, be treated as a claim made during the policy year in which such notice was given or if given during the extended discovery period as a claim made during such extended discovery period.

The Company or the Assureds shall, as a condition precedent to the Assureds' right to be indemnified under this policy, give to the Underwriters notice in writing as soon as practicable of any claim made and shall give the Underwriters such information and cooperation as they may reasonably require and as shall be in the Assureds' power.

For the purpose of the above clauses notice to that individual named under Item VII of the Declarations shall constitute notice to the Company or the Assureds.

10. In the event of any claim occurring hereunder, the person or firm(s) as shown under Item VIII of the Declarations shall be given notice on behalf of the Underwriters.

11. Notice shall be deemed to be received, if sent by prepaid mail properly addressed.

12. Loss shall be paid in United States currency.

13. This policy may be cancelled by the Company or the Assureds at any time by written notice or by surrender of this policy. This policy may also be cancelled by or on behalf of the Underwriters by delivering to the Company or by mailing to the Company, by registered, certified or other first class mail, at the Company's address shown in this policy, written notice stating when, not less than thirty (30) days thereafter, the cancellation shall be effective. The mailing of such notice as aforesaid shall be sufficient proof of notice and this policy shall terminate at the date and hour specified in such notice.

If this policy shall be cancelled by the Company or the Assureds, the Underwriters shall retain the customary short rate proportion of the premium hereon.

If this policy shall be cancelled by or on behalf of the Underwriters, the Underwriters shall retain the pro rata proportion of the premium hereon.

Payment or tender of any unearned premium by the Underwriters shall not be a condition precedent to the effectiveness of cancellation but such payment shall be made as soon as practicable.

If the period of limitation relating to the giving of notice is prohibited or made void by any law controlling the construction thereof, such period shall be deemed to be amended so as to be equal to the minimum period of limitation permitted by such law.

14. If the Underwriters shall cancel or refuse to renew this policy, the Assureds shall have the right, upon payment of an additional premium of 10% of the three-year premium hereunder, to an extension of the cover granted by this policy in respect of any claim or claims which may be made against the Assureds during the period of twelve calendar months after the date of such cancellation or non-renewal but only in respect of any Wrongful Act committed before the date of cancellation or non-renewal of the policy.

15. In the event of any payment under this policy, the Underwriters shall be subrogated to the extent of such payment to all the Assureds' rights of recovery therefore, and the Assureds shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights including the execution of such documents necessary to enable the Underwriters effectively to bring suit in the name of the Assureds.

16. By acceptance of this policy, the Company named in Item I of the Declarations agrees to act on behalf of all Assureds with respect to the giving and receiving of notice of claim or cancellation, the payment of premiums and the receiving of any return premiums that may become due under this policy.

(D) Cancellation Clause.

Notwithstanding anything contained herein to the contrary this Policy may be cancelled by the PARENT COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS at any time by written notice or by surrender of this Policy. This Policy may also be cancelled by or on behalf of the Underwriters by written notice to the PARENT COMPANY stating when, not less than 30 days after such notice is given, the cancellation shall be effective. This Policy shall terminate at the date and hour specified in such notice. If this Policy shall be cancelled by the PARENT COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS, the Underwriters shall retain the customary short rate proportion of the premium hereon.

If this Policy shall be cancelled by or on behalf of the Underwriters, the Underwriters shall retain the pro rata proportion of the premium hereon

Payment or tender of any unearned premium by the Underwriters shall not be a condition precedent to the effectiveness of cancellation but such payment shall be made as soon as practicable.

If the period of limitation relating to the giving of notice is prohibited or made void by any law controlling the construction thereof, such period shall be deemed to be amended so as to be equal to the minimum period of limitation permitted by such law.

(E) Service of Suit Clause.

It is agreed that in the event of the failure of Underwriters hereon to pay any amount claimed to be due hereunder, Underwriters hereon, at the request of the COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS, will submit to the jurisdiction of any court of competent jurisdiction within the United States and will comply with all requirements necessary to give such court jurisdiction and all matters arising hereunder shall be determined in accordance with the law and practice of such court.

It is further agreed that service of process in such suit may be made upon the person, firm or corporation named in Section 7 of the attached Schedule at the address therein set forth, and that in any suit instituted against any one of them upon this contract, Underwriters will abide by the final decision of such court or of any appellate court in the event of an appeal.

The above named are authorized and directed to accept service of process on behalf of Underwriters in any such suit and/or upon the request of the COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS to give a written undertaking to the COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS that they will enter a general appearance upon Underwriters' behalf in the event such a suit shall be instituted.

Further, pursuant to any statute of any state, territory, or district of the United States which makes provision therefor, Underwriters hereon hereby designate the Superintendent, Commissioner or Director of Insurance or other officer specified for that purpose in the statute or his successor or successors in office, as their true and lawful attorney upon whom may be served any lawful process in any action, suit or proceeding instituted by on or behalf of the COMPANY or the DIRECTORS and OFFICERS or any beneficiary hereunder arising out of this contract of insurance, and hereby designate the above named as the person to whom the said officer is authorised to mail such process or a true copy thereof.

(F) Notice Requirements.

Whenever notice is provided for herein, it shall be deemed sufficiently given when addressed in writing as specified below and (i) deposited postage prepaid in an official postal depositary for transmission by first class mail except for notice given pursuant to Clauses 8(B) and 8(D), in which case by registered or certified mail (return receipt requested) or, if deposited in a jurisdiction other than the United States, by mail or equivalent class to the extent available, or (ii) delivered by hand:

If to Underwriters

The person, firm or corporation named in Section 5 or 6 of the attached Schedule, at the address therein set forth.

If to the PARENT COMPANY, a SUBSIDIARY or a DIRECTOR or OFFICER

The named addressee in care of the PARENT COMPANY at the address set forth in Section 1 of the attached Schedule, communications to the COMPANY shall be marked for the attention of the person indicated in said Section.

Notwithstanding the provisions of this Clause 8(F), notice under this Policy shall be deemed to have been duly given if it shall be established that the substance thereof shall have been intentionally brought to the attention of the party concerned or confirmed thereto for a specific purpose contemplated by such provision for notice and in such time as may be required therein.

(G) Action by or on behalf of the DIRECTORS and OFFICERS

Notice by the COMPANY of any claim which involves any DIRECTOR and OFFICER shall be deemed to be notice by such DIRECTOR and OFFICER pursuant to Clauses 7(A) or 7(B) of this Policy. Each of the DIRECTORS and OFFICERS hereby designates the PARENT COMPANY as his true and lawful attorney for purposes of any action required or permitted by Clauses 8(B) or 8(D), except that the COMPANY or any DIRECTOR or OFFICER, or group of them, may exercise the right provided by Clause 8(B) on the condition that, absent other arrangements, those taking the action shall pay the additional premium required thereunder.

COMPANY REIMBURSEMENT FOR DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY BY UNDERWRITERS

In consideration of the payment of the premium and subject to all of the terms of this policy, Underwriters agree with the Company (named in Item I of the Declarations) as follows:

1. If during the policy period any claim or claims are made against the Directors or Officers (as hereinafter defined) or any of them for a Wrongful Act (as hereinafter defined) while acting in their individual or collective capacities as Directors or Officers, the Underwriters will pay on behalf of the Company 95% of all Loss (as hereinafter defined), which the Company may be required or permitted to pay as indemnities due the Directors or Officers for a claim or claims made against them for Wrongful Acts, in excess of the retention stated in Item IV of the Declarations, not exceeding the limit of liability shown under Item III of the Declarations.

2. This policy, subject otherwise to the terms hereof, shall cover loss arising from any claims made against the estates, heirs, legal representatives or assigns of deceased Directors or Officers who were Directors or Officers at the time the Wrongful Act upon which such claims are based, and the legal representatives or assigns of Directors or Officers in the event of their incompetency, insolvency or bankruptcy.

3. This policy shall automatically cover Directors and Officers of any subsidiaries acquired or created after the inception of this policy subject to written notice being given to Underwriters as soon as practicable and payment of any additional premium required.

4. Definitions of terms used herein:

(a) The term Directors or Officers shall mean all persons who were, now are or shall be duly elected Directors or Officers of the Company named under Item I of the policy Declarations, except as noted under Item VI of the Declarations. Coverage will automatically apply to all persons who become Directors or Officers after the inception date of this policy, subject to (1) written advice of all such changes to Underwriters within 30 days after each anniversary date, or the termination date, and (2) payment of any additional premium required.

(b) Wrongful Act shall mean any actual or alleged error or misstatement or misleading statement or act or omission or neglect or breach of duty by the Directors or Officers while acting in their individual or collective capacities or any matter, not excluded by the terms and conditions of this policy, claimed against them solely by reason of their being Directors or Officers of the Company.

(c) Loss shall mean any amount which the Company may be required or permitted to pay as indemnities due the Directors or Officers for a claim or claims made against them for Wrongful Acts, and shall include, but not be limited to, damages, judgments, settlements and costs, cost of investigation (excluding salaries of officers or employees of the Company) and defense of legal actions, claims or proceedings and appeals therefrom, cost of attachment or similar bonds; for which payment by the Company may be required or permitted according to applicable law, or under provisions of the Company's Charter or By-Laws; providing always, however, such subject of loss shall not include fines or penalties imposed by law, or matters which may be deemed uninsurable under the law pursuant to which this policy shall be construed.

(d) The term "policy year" shall mean the period of one year following the effective date and hour of this policy or any anniversary thereof, or if the time between the effective date or any anniversary and the termination of the policy is less than one year, such lesser period.

5. Underwriters shall not be liable to make any payment for loss in connection with any claim made against the Directors or Officers:—

(a) which, at the time of happening of such loss, is insured by any other existing valid policy or policies under which payment of the loss is actually made, except in respect to any excess beyond the amount or amounts of payments under such other policy or policies;

(b) for which the Directors or Officers are entitled to indemnity and/or payment by reason of having given notice of any circumstance which might give rise to a claim under any policy or policies the term of which has expired prior to the issuance of this policy;

(c) based on or attributable to bodily injury, sickness, disease or death of any person, or to damage to or destruction of any tangible property including loss of use thereof.

SPECIMEN

6. It is warranted that the particulars and statements contained in the written proposal, copy of which is attached hereto and the Declarations, are the basis of this policy and are to be considered as incorporated in and constituting part of this policy.

7. (a) Underwriters shall be liable to pay 95% of loss excess of the amount of the retention as shown under Item IV of the Declarations, up to the limit of liability as shown under Item III of the Declarations, it being warranted that the remaining 5% of each and every loss shall be carried by the Company at its own risk and uninsured.

(b) Subject to the foregoing, Underwriters' liability for any claim or claims made against them shall (except for any additional amount payable by virtue of Clause 8) be the amount as shown under Item III of the Declarations, which shall be the maximum liability of Underwriters in each policy year or extended discovery period (regardless of the time of payment by the Underwriters), and not the maximum aggregate so payable with respect to the three-year term or extended discovery period.

(c) This policy shall pay only the excess of such retention in respect of each and every loss hereunder, including costs, charges, and expenses as described in Clause 8 and such retention is to be borne by the Company and is not to be insured. Losses arising out of the same act or interrelated acts of one or more of the Directors or Officers shall be considered a single loss and only one retention shall be deducted from each loss.

(d) The foregoing provisions shall apply to this policy form and the Directors and Officers Liability policy form as though they constitute a single policy and Underwriters' maximum liability under both policy forms together shall not exceed the limit of liability and the retention as shown under Items III and IV of the Declarations and the provisions herein.

8. No costs, settlements, charges and expenses shall be incurred without Underwriters' consent, such consent not to be unreasonably withheld; however, in the event of such consent being given, they will pay, subject to the provisions of Clause 7(c), 95% of all such costs, settlements, charges and expenses; subject nevertheless to the following conditions:—

(a) If a payment not in excess of the limit of liability has to be made to dispose of a claim, Underwriters shall pay costs, charges and expenses in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

(b) If the claim is successfully resisted by the Directors or Officers, Underwriters shall pay costs, charges and expenses up to but not exceeding the limit of liability under this policy.

(c) If a payment has to be made to dispose of a claim in excess of the limit of liability under this policy, Underwriters' payment of costs, charges and expenses in connection therewith shall be limited to such proportion of the said costs, charges and expenses as the limit of liability herein bears to the amount paid to dispose of the claim, but Underwriters' payment as aforesaid of costs, charges and expenses shall be in addition to the limit of liability otherwise applicable under this policy.

9. If during the policy period or extended discovery period:—

(a) The Company or the Directors or Officers shall receive written or oral notice from any party that it is the intention of such party to hold the Directors or Officers or any of them responsible for the results of any specified Wrongful Act done or alleged to have been done by the Directors or Officers or any of them while acting in the capacity aforementioned; or

(b) The Company or the Directors or Officers shall become aware of any occurrence which may subsequently give rise to a claim being made against the Directors or Officers or any of them in respect of any such alleged Wrongful Act;

and shall in either case during such period give written notice as soon as practicable to the Underwriters of the receipt of such written or oral notice under Clause (a) or of such occurrence under Clause (b), then any claim which may subsequently be made against the Directors or Officers or any of them arising out of such alleged Wrongful Act, shall for the purposes of this policy, be treated as a claim made during the policy year in which such notice was given or if given during the extended discovery period, as a claim made during such extended discovery period.

The Company or Directors or Officers shall as a condition precedent to the Company's right to be indemnified under this policy, give to the Underwriters notice in writing as soon as practicable of any claim made and shall give the Underwriters such information and cooperation as they may reasonably require and as shall be in their power.

For the purpose of the above clauses notice to that individual named under Item VII of the Declarations shall constitute notice to the Company or the Directors or Officers.

10. In the event of any claim occurring hereunder the person or firm(s) as shown under Item VIII of the Declarations shall be given notice on behalf of the Underwriters.

11. Notice shall be deemed to be received, if sent by prepaid mail properly addressed.

12. Losses shall be paid in United States currency.

13. This policy may be cancelled by the Company at any time by written notice or by surrender of this policy. This policy may also be cancelled by or on behalf of the Underwriters by delivering to the Company or by mailing to the Company by registered, certified or other first class mail, at the Company's address shown in this policy, written notice stating when, not less than thirty (30) days thereafter, the cancellation shall be effective. The mailing of such notice as aforesaid shall be sufficient proof of notice and this policy shall terminate at the date and hour specified in such notice.

If this policy shall be cancelled by the Company the Underwriters shall retain the customary short rate proportion of the premium hereon.

If this policy shall be cancelled by or on behalf of the Underwriters, the Underwriters shall retain the pro rata proportion of the premium hereon.

Payment or tender of any unearned premium by the Underwriters shall not be a condition precedent to the effectiveness of cancellation but such payment shall be made as soon as practicable.

If the period of limitation relating to the giving of notice is prohibited or made void by any law controlling the construction thereof, such period shall be deemed to be amended so as to be equal to the minimum period of limitation permitted by such law.

14. If the Underwriters shall cancel or refuse to renew this policy, the Company shall have the right, upon payment of an additional premium of 10% of the three-year premium hereunder, to an extension of the cover granted by this policy in respect of any claim or claims which may be made against the Directors or Officers during the period of twelve calendar months after the date of such cancellation or non-renewal but only in respect of any Wrongful Act committed before the date of cancellation or non-renewal of this policy.

15. In the event of any payment under this policy, the Underwriters shall be subrogated to the extent of such payment to all the Company's rights of recovery therefore, and the Company shall execute all papers required and shall do everything that may be necessary to secure such rights including the execution of such documents necessary to enable the Underwriters effectively to bring suit in the name of the Company.

16. By acceptance of this policy, the Company named in Item I of the Declarations agrees to act on behalf of all Directors and Officers with respect to the giving and receiving of notice of claim or cancellation, the payment of premiums and the receiving of any return premiums that may become due under this policy.

LEBENSLAUF

In Zürich geboren (10. November 1950), habe ich alle meine Schulen hier, bzw. in Küsnacht (Kantonales Unterseminar) durchlaufen und meinen ersten Bildungsweg mit dem Primarlehrerpatent abgeschlossen (1971). Nach zwei turbulenten, doch schönen Jahren in der Schulpraxis und mit Erreichen der Wahlfähigkeit, verschrieb ich mich der Juristerei. Am 3. Mai 1978 wurde mir nach 9-semestrigem Studium das Lizentiat zuerkannt. In der Folge arbeitete ich vorerst als Assistent bei Herrn Professor A. Meier-Hayoz, sodann ausschliesslich an meiner Dissertation. Am 9. Dezember 1981 wurde ich zum Doktor der Rechte promoviert.